



Organización
Internacional
del Trabajo



Competencias y funciones
de la inspección del trabajo
en materia de migración
laboral

El caso de Costa Rica





Competencias y funciones
de la inspección del trabajo
en materia de migración
laboral

El caso de Costa Rica

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2021

Primera edición 2021

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

Competencias y funciones de la inspección del trabajo en materia de migración laboral: El caso de Costa Rica

ISBN: 9789220359778 (impreso)

ISBN: 9789220359785 (web pdf)

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Para más información sobre las publicaciones y los productos digitales de la OIT, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns.

Impreso en xxxxxx

Índice

Introducción

PARTE 1 ANTECEDENTES

- 1.1. Migración y derechos laborales
- 1.2. Migración y discriminación por razón de sexo
- 1.3. Migración e inspección del trabajo

PARTE 2 MARCO JURÍDICO PARA LA INSPECCIÓN LABORAL Y LAS Y LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN COSTA RICA

- 2.1. Marco internacional
 - 2.1.1. Derecho de ingreso y salida de un país
 - 2.1.2. La ley como única fuente normativa de restricciones a los principios universales sobre derechos fundamentales
 - 2.1.3. La importancia del concepto de jurisdicción sobre los extranjeros en la responsabilidad de cada Estado frente al derecho internacional
 - 2.1.4. El principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a los trabajadores migrantes
 - 2.1.5. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre migrantes y trabajadores migrantes en general
 - 2.1.6. El caso especial de las personas que solicitan refugio por razones políticas y económicas
 - 2.1.7. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la figura de los refugiados
 - 2.1.8. Sobre las figuras del trabajador migrante y del trabajador refugiado
 - 2.1.9. Jurisprudencia costarricense
 - 2.1.10. Convenios de la OIT sobre inspección y trabajadores migrantes
 - 2.1.11. Convenios relativos a la inspección del trabajo
 - 2.1.12. Otras normas internacionales aplicables en el marco del derecho internacional
- 2.2. Marco de derecho nacional
 - 2.2.1. Constitución Política
 - 2.2.2. Código de Trabajo
 - 2.2.3. Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley N° 1860)

- 2.2.4. Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (Directriz DMT-017-2013, modificada mediante Directriz DMT-014-2014)
- 2.2.5. Circulares de la Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo del año 2019
- 2.2.6. Normativa sobre trata de personas y delincuencia internacional
- 2.2.7. Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT) (Ley N° 9095)
- 2.2.8. Normativas sectoriales

PARTE 3

PAUTAS EN TORNO A LAS FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LAS INSPECCIONES DEL TRABAJO QUE DEBEN SER TOMADAS EN CUENTA A LA HORA DE CUMPLIR EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL

PARTE 4

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

Bibliografía



Introducción

El presente documento actualiza desde varios ángulos el contenido del estudio técnico *Competencias y funciones de la inspección de trabajo respecto de la población de trabajadores migrantes: Costa Rica, Panamá y República Dominicana*, realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2013. Concentrándose en el caso de Costa Rica y partiendo de la información jurídica y estadística más reciente, *Competencias y funciones de la inspección del trabajo en materia de migración laboral: El caso de Costa Rica* analiza la situación y los retos a que se enfrenta la inspección del trabajo en el cumplimiento de sus competencias y funciones ante los flujos de trabajadores migrantes.

Este estudio considera las modificaciones en la legislación costarricense destinadas a adaptar las instituciones nacionales encargadas de la inspección del trabajo y del fenómeno migratorio, así como algunos cambios en las características de las corrientes de trabajadores migrantes —básicamente, de refugiados— que llegan al país.

Asimismo, en este nuevo estudio se recoge jurisprudencia novedosa tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de los tribunales de justicia costarricenses que debe tener en cuenta la inspección del trabajo del país. Igualmente, se incluyen algunas de las principales observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT en su estudio de 2016 sobre la aplicación en el mundo de los Convenios núms. 97 y 143. No puede faltar en una investigación de esta naturaleza la mención a los cambios que se han dado en la propia legislación ordinaria del país y en los reglamentos y directrices que enmarcan la actividad de la inspección del trabajo.

Finalmente, nótese que el documento ha mantenido en lo posible el esquema de exposición que ya contenía el estudio de 2013, así como los contenidos de ese trabajo que continúan teniendo plena vigencia, dado que se trata en este caso de actualizar y poner al día —y no necesariamente de sustituir— la información que ya entonces se recabó.

PARTE

1

Antecedentes



Esta sección describe situaciones generales de las personas trabajadoras migrantes y su problemática desde el punto de vista social y jurídico.

1.1. Migración y derechos laborales

Múltiples organizaciones públicas y privadas internacionales muestran su preocupación por la vinculación del fenómeno de las migraciones laborales con la discriminación en el empleo. Esa preocupación queda muy bien resumida en un documento producido de manera conjunta entre la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ¹ en el que se señala lo siguiente:

- ▶▶ La migración laboral entre países es un fenómeno permanente, estimulado sobre todo por la escasez de opciones de trabajo productivo en los países de origen y por las oportunidades laborales en los países de destino, que generan expectativas de acceso a ellas y a un ingreso sustancialmente mayor que el que se percibe en los países de origen. Esta migración conlleva el potencial de un aumento gradual del bienestar de los migrantes, pero frecuentemente su inserción laboral es precaria, entre otros motivos, porque son objeto de discriminación.

La OIT calcula que entre 2017 y 2019 el número de migrantes internacionales ha incrementado de 164 millones a 169 millones. De ellos, 70 millones son mujeres; y 43,3 millones (25,6 por ciento) viven en las Américas. Cabe destacar que los trabajadores migrantes internacionales representaron alrededor del cinco por ciento de la fuerza de trabajo mundial ².

En Centroamérica, desde mediados del siglo pasado se han acelerado los procesos migratorios tanto dentro como fuera de la región; en este último caso, sobre todo, hacia los Estados Unidos. Algunos estudios ³ apuntan que tal aceleración guardó en su momento relación con tres fenómenos estructurales, a saber: *a)* el proceso de urbanización y modernización productiva de la región, *b)* la crisis producida por los conflictos armados y *c)* la transnacionalización económica y laboral como consecuencia de la globalización mundial.

En los últimos años, se ha producido además en Centroamérica «desplazamientos forzosos», fruto de la violencia política, de la inseguridad ciudadana y de los efectos del cambio climático. Así ⁴:

- ▶▶ En una región particularmente vulnerable a los riesgos climáticos, por la pérdida de recursos naturales debida en gran parte a la concentración de la tierra y la agricultura industrial, campesinos pobres abandonan sus tierras, cada día más áridas y escasas, para emigrar dentro y fuera de su región y país. Las migraciones laborales se han incrementado: ngäbes de Panamá a la cosecha de café en Costa Rica; mam y chuj de Guatemala a las mismas cosechas pero en Chiapas;

1 CEPAL y OIT, *La inmigración laboral en América Latina*. Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe núm. 16, 2017, p. 30.

2 OIT, *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología*. Tercera edición. Resumen Ejecutivo, 2021.

3 Entre otros: Nassar, Carlos C. y Catalina Benavides, *El refugio nicaragüense en Costa Rica 2018-2019: Desafíos de su Integración*, Cuaderno de Ciencias Sociales 165 (San José: FLACSO, 2019), 10.

4 Nassar y Benavides, *El refugio nicaragüense en Costa Rica*.

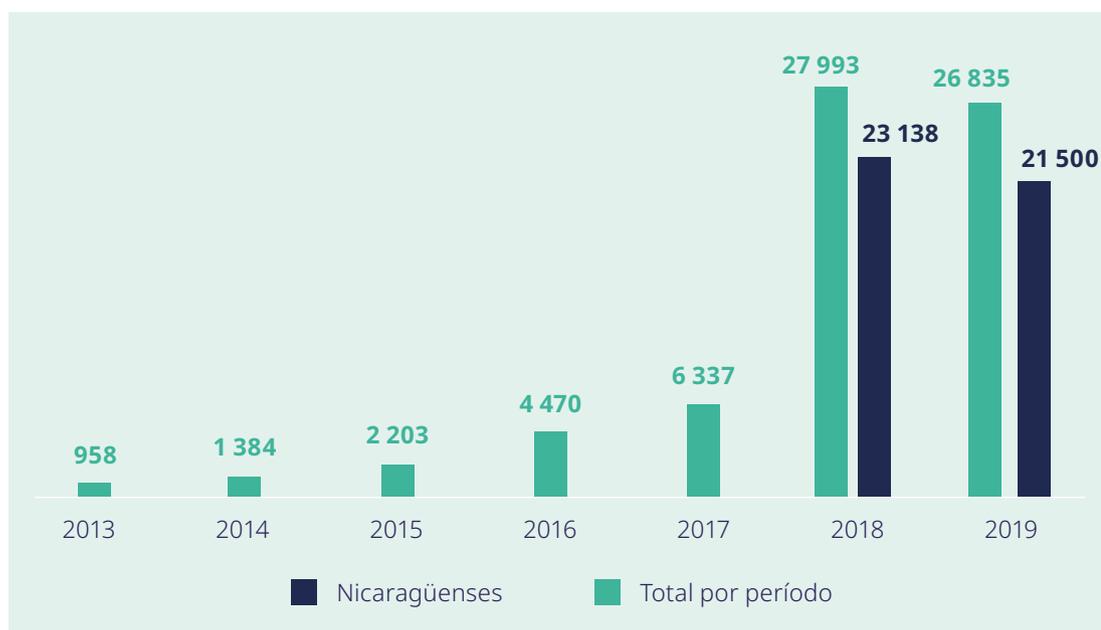
nicaragüenses a las plantaciones de caña de azúcar, piña y banano en Costa Rica; entre otros desplazamientos temporales que se transforman con frecuencia en permanentes.

Las migraciones han sido, en efecto, una parte importante de la historia de Costa Rica y de Centroamérica. De hecho, en el año 2015 los migrantes intrarregionales representaron el 13 por ciento del total de migrantes centroamericanos, y Costa Rica es el país donde reside la mayor parte: un 64 por ciento, la mayoría de ellos, nicaragüenses ⁵.

Además de receptor de migrantes, Costa Rica también es un país de tránsito. En la región latinoamericana es uno de los países con mayor proporción de población migrante con respecto a la población total: del 8,5 por ciento, según el documento de CEPAL y OIT (2017) ⁶, y un nueve por ciento, según otros, aunque con datos del año 2011 ⁷.

A partir del año 2018 se ha insertado, además, dentro del cuadro causal de la migración laboral hacia Costa Rica el fenómeno social de una nueva corriente de migrantes nicaragüenses solicitantes de refugio de sectores que integraron protestas políticas después de abril de 2018: estudiantes, empleados urbanos, campesinos de los movimientos contra el canal interoceánico, pandilleros e integrantes de las organizaciones que representan a la población sexualmente diversa ⁸.

Cuadro 1. Solicitudes de refugio recibidas en Costa Rica, 2013-junio de 2020



Fuente: Nassar, Carlos C. y Catalina Benavides, *El refugio nicaragüense en Costa Rica, 2018-2019: Desafíos de su Integración*, Cuaderno de Ciencias Sociales 165 (San José: FLACSO, 2019), p. 34.

5 Mora Román, Alberto y Marisol Guzmán, *Aspectos de la migración nicaragüense hacia Costa Rica*, Discussion Paper No IDB-DP-00635 (BID, 2018), p. 8.

6 Mora Román y Guzmán, 17, cuadro II.1.

7 Mora Román y Guzmán, 6.

8 Nassar y Benavides, 13.



Cuadro 2. Solicitudes de refugio de personas nicaragüenses a Costa Rica, 2018



Fuente: Nassar, Carlos C. y Catalina Benavides, *El refugio nicaragüense en Costa Rica, 2018-2019: Desafíos de su Integración*, Cuaderno de Ciencias Sociales 165 (San José: FLACSO, 2019), p. 35.

Los conflictos políticos de otros países latinoamericanos como Colombia y Venezuela han desencadenado la migración de personas con altos perfiles educativos para la inserción en el mercado de trabajo ⁹. Si bien ha incrementado la cantidad de solicitudes de otorgamiento de una categoría con fines laborales al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de migrantes no nicaragüenses, la mayor parte de la migración laboral sigue siendo de Nicaragua ¹⁰.

El nivel de escolaridad de la migración nicaragüense explica a su vez otras características de su participación en el mercado de trabajo de Costa Rica: su concentración básicamente en el servicio doméstico, la construcción y el sector agropecuario ¹¹; sus menores ingresos con respecto a los costarricenses ¹², y sus mayores tasas de desocupación e informalidad ¹³.

9 «La población nicaragüense en Costa Rica tiene un bajo nivel educativo. El 81% tiene la secundaria incompleta o menos, y apenas un 6% tiene algún grado de educación superior. En contraste, el porcentaje de costarricenses y de otros migrantes no nicaragüenses que tienen ese bajo nivel educativo es mucho menor (62% y 27%, respectivamente), y el que cuentan con educación universitaria es mayor (21% y 52%, respectivamente)», en Mora Román y Guzmán, *Aspectos de la migración nicaragüense hacia Costa Rica*, 11.

10 En el año 2020 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) recibió los siguientes números de solicitudes de otorgamiento de categoría con fines laborales: 96 venezolanos, 25 colombianos y 9 895 nicaragüenses. Debe considerarse, para lo que atañe a estas cifras que entre las personas de origen venezolano o colombiano un porcentaje importante lo es para desempeñarse como trabajadores por cuenta propia, y que en el grupo de los nicaragüenses solo 120 no tenían relación con las actividades de agricultura y transporte (Entrevista brindada por el señor Jhonatan Monge, Coordinador del Departamento de Migraciones Laborales de la Dirección Nacional de Empleo del MTSS, el día ocho de marzo del año 2021).

11 CEPAL y OIT, *La inmigración laboral en América Latina*, 22.

12 CEPAL y OIT, *La inmigración laboral en América Latina*, 25.

13 Con referencias pre pandemia de la COVID-19, la CEPAL y la OIT estimaron que «en Costa Rica el 29% de todos los trabajadores migrantes y el 32% de las trabajadoras migrantes estarían en la economía informal». Además, el estudio indica: Al comparar la situación de los hombres con la de las mujeres, se observa que, con pocas excepciones, la brecha entre inmigrantes y nativos es más desfavorable para las mujeres que para los hombres y, en algunos casos, hay grandes diferencias en la cobertura entre mujeres inmigrantes y nativas» (CEPAL y OIT 2017, 29). Es absolutamente seguro que los porcentajes anteriores de informalidad tienen que haber aumentado con la pandemia.

A la situación social ya descrita habría que agregar un elemento adicional: la presencia en el ámbito internacional del tráfico de migrantes y la trata con fines de explotación laboral, y los nuevos fenómenos de trabajo forzoso que se están produciendo en el mundo. Dicha situación ha impulsado la adopción de instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (2000). En esta misma línea, Costa Rica ha aprobado la Ley contra la Trata de Personas y creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT) (Ley N° 9095), de 26 de octubre de 2012 ¹⁴.

En materia de derechos laborales, sigue existiendo un consenso de varios investigadores en Costa Rica sobre su notable incumplimiento y, en general, de las condiciones de «trabajo decente» de la población de trabajadores migrantes, fundamentalmente de los nicaragüenses. Mora y Guzmán (2018) ¹⁵ apuntan lo siguiente:

- ▶▶ De acuerdo con Voorend y Robles (2010), la cobertura de la seguridad social y el cumplimiento de otros derechos laborales muestra importantes diferencias entre los trabajadores costarricenses y nicaragüenses. Mientras que el 84% de los trabajadores costarricenses estaban asegurados en 2010, apenas el 59% de los nicaragüenses contaban con ese beneficio. Para 2013, Voorend (2016) estima una cobertura del 87% de los costarricenses y 65% de los nicaragüenses, mientras que persisten brechas notorias en las jornadas laborales.

Los resultados del procesamiento de ENAHO 2016 confirman que la población nicaragüense en Costa Rica se encuentra en condición de desventaja en cuanto al cumplimiento de los derechos laborales. El mayor incumplimiento se da en el reconocimiento de las horas extra, pues tan solo lo recibe el 43,2%, seguido por el pago de días por enfermedad o incapacidad (46%) y el seguro de riesgos de trabajo (46,5%) ¹⁶. En contraste, más de la mitad de los trabajadores costarricenses y los extranjeros de otros países gozan de estos beneficios. (La nota es nuestra).

En el documento de CEPAL y OIT antes referido ¹⁷ se señala la siguiente conclusión, aplicable a Costa Rica, país que se incluye en el estudio:

- ▶▶ En los países con fuertes flujos migratorios los inmigrantes perciben ingresos medios más bajos que los de los nativos, presentan elevados índices de informalidad laboral y tienen niveles de cobertura de seguridad social significativamente más bajos que los ocupados nativos. Destaca, sobre todo, la baja cobertura en el caso de las mujeres migrantes.

La situación de desventaja laboral de los trabajadores migrantes, fundamentalmente nicaragüenses, no puede desligarse de la irregularidad migratoria de muchos de ellos. Esto les lleva a aceptar condiciones laborales inferiores no solo con respecto a los trabajadores nacionales, sino también

14 Ley publicada en el Alcance N° 27 a la Gaceta N° 28, del 8 de febrero de 2013.

15 Mora Román y Guzmán, *Aspectos de la migración nicaragüense hacia Costa Rica* (BID, 2018), 18.

16 Al desagregar la información por sector, el estudio revela que en el sector agropecuario es donde se da el mayor incumplimiento de los derechos laborales: «... menos de una quinta parte de los nicaragüenses gozan de vacaciones pagas, pago por incapacidad, pago de horas extra y seguro de riesgos de trabajo, frente a coberturas superiores al 40% en el caso de los trabajadores costarricenses del mismo sector».

17 CEPAL y OIT, *La inmigración laboral en América Latina*, 31.



por debajo de lo que contempla la legislación laboral, empezando por los salarios mínimos. Esta situación queda muy bien retratada en las palabras ¹⁸ de Morales (2020), cuando indica:

- ▶▶ La crisis del Covid-19 implicó una remarcación de la frontera, en términos de contener la expansión del contagio, pero también a esto hay que añadir que del otro lado igual hay otra política, otra actitud, otra forma de hacer las cosas, lo cual marca esa fragilidad en el sentido de que es una región integrada por los capitales, pero sigue fragmentada, desintegrada, y la frontera se remarca y se intensifica para la mano de obra y para la gente, aparte de señalar otros factores que tienen que ver con las desigualdades sociales, hay una enorme fragilidad social porque lo que sigue imperando es un mercado de trabajo totalmente irregular, es un mercado de trabajo que se alimenta de la irregularidad migratoria, ahí nunca han valido documentos de un lado o del otro para que la gente trabaje, en un contexto de enorme precariedad que quedó de manifiesto con el caso de las plantas empacadoras de la presidenta de Cadexco en Florencia, esto revela esa combinación de ese mercado, de ese segmento del mercado transfronterizo donde se combina la irregularidad migratoria y precariedad laboral.

1.2. Migración y discriminación por razón de sexo

En el año 2008, en Centroamérica y Panamá, la participación laboral de la población económicamente activa presenta desigualdades muy claras por sexo: tres de cada cuatro hombres (75 por ciento) y cerca de dos de cada cinco mujeres (40 por ciento) forman parte de la fuerza laboral. En las áreas rurales, esta brecha es más marcada: la media regional para ellos se ubica en el 78,5 por ciento, mientras que para ellas está en un 35,9 por ciento. En cuanto a la tasa de desempleo de trabajadores y trabajadoras en la región, es del 6,2 por ciento en los hombres y del 11,1 por ciento en las mujeres; y pasa en el área rural al 3,7 por ciento en ellos y al 9,4 por ciento en ellas ¹⁹.

De igual forma, la brecha salarial de género es una constante en la región que refleja la situación de desventaja de las mujeres en el mercado laboral. Los países con menores diferencias en los ingresos son Panamá y Costa Rica, cuyas brechas salariales de género son del 16 por ciento y del 24 por ciento, respectivamente.

Según un informe regional sobre flujos migratorios ²⁰, esta segmentación del mercado de trabajo que coloca a las mujeres en los empleos más precarios —e incluso en aquellos donde se perpetúan los estereotipos de género— se traslada a las dinámicas migratorias. Por este motivo, las mujeres trabajadoras migrantes siguen ubicándose en actividades asociadas históricamente a «lo femenino». Así, por ejemplo, encuentran en el servicio doméstico una forma rápida de incorporarse a los mercados de trabajo en los países de destino, aun cuando no necesariamente eso represente un ascenso en la escala laboral. Además, si bien ellas, de acuerdo al informe regional, muestran

18 Morales, Abelardo. «El efecto Covid-19 sobre las migraciones en Centroamérica», impartida durante un conversatorio organizado por FLACSO el 29 de julio de 2020.

19 Funpadem, «Derechos laborales en Centroamérica y Panamá», ponencia preparada para el informe *Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible un informe desde Centroamérica y para Centroamérica* (2008): 30.

20 Acuña González, Guillermo *et al.*, *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe regional* (OIM, OIT, MTSS, CECC-SICA, OCLAD, Red de Observatorios del Mercado Laboral y AECID, 2011), 21.

mejores niveles educativos que los hombres, esto no les asegura la inserción en otras actividades laborales de mejor calificación, estabilidad y condiciones de trabajo.

Por otro lado, el informe de Costa Rica ²¹ encontró que: «En el caso del sector construcción, todas las personas entrevistadas de este sector fueron varones. En contraste, en servicio doméstico, todas las personas entrevistadas fueron mujeres». En este sentido, el informe cita al Instituto Nacional de la Mujeres en 2006 y al Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (actualmente, ONU Mujeres) en 2010, que señalaron respectivamente que la «incorporación de las mujeres al mercado laboral como 'empleadas domésticas', puede ser comprendida como una de las expresiones de la discriminación que éstas experimentan, fundamentalmente por falta de oportunidades», aunque, si bien es cierto ellas realizan un trabajo remunerado, «... se diferencia de otros, porque no es completamente reconocido como tal, [...] se considera una extensión de tareas 'naturalmente' femeninas, carentes de calificación, y por lo tanto, desvalorizadas».

Ya en el trabajo del año 2013 se hablaba de la feminización progresiva de las migraciones centroamericanas ²², aun cuando la migración masculina seguía predominando. Sin embargo, el mismo informe aclara que este resultado puede tener un sesgo en los datos obtenidos por las actividades económicas estudiadas, tales como la agricultura y la construcción, ya que estos sectores tienen una alta representación de hombres migrantes.

Finalmente, para el estudio del informe regional —principal fuente de análisis de la investigación del año 2013— resultaba necesario hacer especial énfasis en la inserción femenina en actividades de baja productividad y poca remuneración, así como la tendencia vigente a que ellas se inserten en las cadenas de cuidado de niños, ancianos y enfermos. De acuerdo al informe regional, para las mujeres la migración representa una forma de ingresar al mercado laboral, aunque en la mayoría de los casos se da en condiciones precarias que dificultan su acceso a otras actividades de mayor calificación y valoración social y económica.

El nivel de desempleo de la población migrante femenina ha crecido, según cifras del año 2013 de la CEPAL y la OIT. En Costa Rica, la tasa de desocupación de los hombres migrantes fue del 6,2 por ciento y la de las mujeres migrantes, del 15,6 por ciento. Con pocas excepciones, también existe una brecha de género en la protección social en América Latina y el Caribe: la baja cobertura de la seguridad social para las mujeres migrantes pone de manifiesto «la necesidad de fortalecer los mecanismos de integración laboral, para lo cual es indispensable aplicar una perspectiva de género».

La trascendencia de la perspectiva de género crece si se toman en cuenta las estimaciones más actualizadas de flujos migratorios de población nicaragüense: desde el año 2010 las mujeres han representado poco más de la mitad de la población migrante en Costa Rica; y en 2016 representaron el 54 por ciento del total de migrantes procedentes de Nicaragua. Aunque la diferencia en relación con la proporción de hombres no es muy grande, la feminización cobra mayor relevancia si

21 Acuña González, Guillermo *et al.*, *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Costa Rica* (OIM, OIT, MTSS, CECC-SICA, OCLAD, Red de Observatorios del Mercado Laboral y AECID, 2011), 47.

22 Acuña González, Guillermo *et al.*, *Flujos migratorios laborales intrarregionales*, 35.



se consideran las tasas de fecundidad de las mujeres nicaragüenses: casi el doble que la de las costarricenses ²³.

1.3. Migración e inspección del trabajo

Tal y como recuerdan Casale y Sivananthiran (2011), la inspección del trabajo es un elemento fundamental del sistema de administración del trabajo y constituye un medio para lograr los objetivos de mayor envergadura, como la buena gobernanza y el desarrollo social y económico del país. Por medio de la inspección se puede contribuir al progreso nacional, previniendo la explotación laboral y los accidentes de trabajo, protegiendo a los trabajadores contra la discriminación, el trato injusto y el trabajo riesgoso e inseguro, y mejorando sus condiciones de trabajo y su entorno laboral. Además de inspeccionar a los dueños de empresas, gerentes o trabajadores de forma individual, también concierne a la inspección del trabajo supervisar a las empresas para asegurarse de que funcionan de manera justa, productiva y cumpliendo las leyes y reglamentos del país. Los sistemas de inspección del trabajo efectivos tienen el potencial de mejorar la productividad del trabajo garantizando un ambiente de trabajo decente ²⁴.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, en su observación general sobre los Convenios núms. 81 y 129 publicada en el año 2020 ²⁵, señala lo siguiente:

- ▶▶ La Comisión reafirma que la inspección de trabajo es una función pública vital. Esta es fundamental para promover y hacer cumplir condiciones de trabajo decentes y el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. La existencia de sistemas de inspección de trabajo eficaces también es esencial para alcanzar en los próximos años los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030, contribuyendo así de manera significativa a la cohesión social. La inspección del trabajo es fundamental para proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, y desempeña un papel fundamental en el respeto del Estado de Derecho y en garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.

En el mismo documento, la Comisión de Expertos manifiesta tener conocimiento de que en muchos países se están planificando reformas en los servicios de la inspección del trabajo a fin de modernizarlos y hacer frente a las transformaciones radicales que se han producido en el mundo del trabajo. Subraya, sin embargo, que para realizar tales reformas, es un requisito previo el cumplimiento plenamente conforme de los Convenios núms. 81 y 129, por lo que insta a los gobiernos a velar por que cualquier medida de reforma resulte plenamente conforme con los convenios ratificados.

23 Mora Román y Marisol, *Aspectos de la migración nicaragüense hacia Costa Rica*, 10.

24 Casale, Giuseppe y Alagandram Sivananthiran, *Los fundamentos de la administración del trabajo* (OIT, 2011), 51.

25 OIT, *Convenio sobre la inspección de trabajo, 1947 (núm.81) y Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129). Observación General, publicación de 2020*, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2020, p. 1.

En este mismo sentido, se han reconocido diversas razones por las cuales resultaba necesaria una institución y procedimientos específicos para aplicar el ordenamiento laboral y que, de alguna forma, coinciden con el propio nacimiento del derecho del trabajo, a saber ²⁶:

- La vinculación del derecho laboral con el interés público y, más aún, con el orden público, ya que la normativa laboral trasciende, así, a la empresa o a la industria, y es del interés de toda la sociedad, requiriendo, por tanto, mecanismos de control expeditos y adaptados.
- El interés de la Administración Pública en el seguimiento directo de los temas laborales.
- La rapidez y el menor costo total del proceso administrativo en relación con el judicial, e incluso la vinculación más inmediata en la denuncia de la representación sindical.
- La capacidad de la inspección de prevenir, informar, educar y actuar, sin usar siempre la represión o la sanción, evitando conflictos en su origen y solucionando problemas laborales *de facto*, sin esperar la existencia de una sentencia judicial.
- La importancia de evitar competencia desleal y *dumping* social entre empresarios, para lo cual el cumplimiento de la ley es fundamental.

En el Informe del Director General de la OIT durante la XVI Reunión Regional Americana, celebrada en Brasilia en mayo de 2006 ²⁷ se dejó claramente establecido lo siguiente:

- ▶▶ Una de las instituciones importantes de la administración del trabajo es la autoridad del trabajo que permite y materializa la aplicación efectiva de los derechos y leyes y demás normas pertinentes. Lamentablemente, en muchos países de América Latina ésta no ha sido una prioridad para los gobiernos. De hecho, una estadística preocupante es que sólo hay un inspector por cada 200.000 trabajadores en la región.

En fecha más reciente, la *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo* ²⁸, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) el 21 de junio de 2019, declara entre otras cosas lo siguiente:

- ▶▶ A. Al ejercer su mandato constitucional, tomando en consideración las profundas transformaciones en el mundo del trabajo, y al desarrollar su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, la OIT debe orientar sus esfuerzos a:
[...]
xi) fortalecer la administración y la inspección del trabajo;
[...]
xvi) profundizar e intensificar su labor sobre migración laboral internacional en respuesta a las necesidades de los mandantes y asumir una función de liderazgo en materia de trabajo decente en la migración laboral,
[...]
La Conferencia exhorta a todos los Miembros, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, a que colaboren individual y colectivamente, basándose en el tripartismo y el diálogo social, y

26 Vega Ruíz, María Luz, *Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el mundo. Tendencias y retos. Un enfoque comparado* (OIT, 2013), 15-16.

27 OIT, *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015*, Informe del Director General, XVI Reunión Regional Americana, mayo de 2006, p. 84.

28 OIT, *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, 2019.



con el apoyo de la OIT, a seguir desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas mediante:

[...]

B. El fortalecimiento de las instituciones del trabajo a fin de ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores y la reafirmación de la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores, reconociendo el alcance de la informalidad y la necesidad de emprender acciones efectivas para lograr la transición a la formalidad. Todos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo Decente, teniendo en cuenta:

- i) el respeto de sus derechos fundamentales;
- ii) un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado;
- iii) límites máximos al tiempo de trabajo, y
- iv) la seguridad y salud en el trabajo.

Se observa de esta forma cómo, al cumplir cien años de existencia, la OIT mantiene incólume su preocupación e interés tanto por el papel de la inspección del trabajo como por la protección de los trabajadores migrantes y por el impulso, en igualdad de condiciones para todos los trabajadores, de los principales indicadores de un trabajo decente.

Diversas investigaciones han puesto al descubierto los retos de la inspección del trabajo en materia de migración laboral. En este sentido, se han expresado preocupaciones como la vulnerabilidad y la falta de familiaridad percibidas por la población migrante, principalmente de aquellos trabajadores y trabajadoras en situación irregular, cuya situación se caracteriza por: condiciones laborales frecuentemente por debajo de lo exigido por la ley y trabajos en actividades en que las normas y/o su cumplimiento son escasos o inexistentes; el poco o nulo conocimiento que suelen tener de las normas legales (o la falta de comprensión adecuada del idioma o idiomas) del país receptor; y el estar mal o nada organizados sindicalmente. A todo ello se suma la existencia de «arreglos» de trabajo informales, irregulares y/o sin documentación, que dejan a muchos trabajadores migrantes con poca o ninguna base para sostener una reclamación por el pago del salario ²⁹.

En este contexto, los inspectores necesitan tener pautas claras para evaluar hasta qué grado existe abuso dentro de la relación de trabajo con miras a iniciar la acción. De acuerdo a lo anterior, se debe recordar ³⁰:

- ▶▶ En muchos países, se requiere que el servicio de inspección del trabajo brinde su apoyo en el manejo de los trabajadores extranjeros. El hecho de que los inspectores del trabajo tengan poder para ingresar a las empresas, sin previa autorización, permite que tengan un mayor campo de acción, en comparación con otras instituciones, para terminar con las condiciones de trabajo abusivas, de las cuales siempre son víctimas los trabajadores extranjeros que están en situación irregular. Los inspectores del trabajo deben garantizar que el derecho a tener un ambiente de trabajo saludable y seguro, así como otros derechos laborales y humanos, se apliquen a los trabajadores migrantes sin distinción ni discriminación. La inspección de los lugares de trabajo donde se encuentran o predominan los migrantes puede promover la igualdad de trato, frenar la

29 Vega Ruíz, *Garantizando la gobernanza*, 159.

30 Casale y Sivananthiran, *Los fundamentos de la administración del trabajo*.

explotación de trabajadores extranjeros y desalentar la contratación de trabajadores irregulares, que aceptan condiciones por debajo del nivel normal debido a su situación vulnerable.

Ciertamente, la relación entre la obligación principal de los inspectores de hacer cumplir la legislación laboral en todo el país y los esfuerzos de los servicios de inmigración del gobierno está a debate en muchos países. Para Vega Ruíz (2013), las medidas que obligan a los inspectores a llevar a cabo actividades de fiscalización de la inmigración no propiamente laborales, como parte de sus deberes rutinarios, es un reto creciente de la inspección del trabajo y erosiona las diferencias necesarias entre el acatamiento universal de las normas de trabajo y las funciones especiales de vigilancia en temas estrictamente migratorios o policiales. Para la autora, esta sería una ocupación «excesiva» no consistente con los principios generales del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) y que además empuja a una gran parte de los trabajadores migrantes más hacia situaciones de trabajo no regulado y clandestino ³¹.

Esta posición se confirma en el informe de la CEACR *Promover una migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes* ³² de 2016, que concluye:

- ▶▶ 477. Se ha reafirmado la importancia del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) y del Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) al asignar a estos Convenios la condición de convenios de gobernanza. En control de la aplicación de estos Convenios por los Estados Miembros, la Comisión ha subrayado que la principal responsabilidad de las inspecciones del trabajo es brindar protección a los trabajadores, y no aplicar la Ley de Inmigración. También ha destacado que pueden asignarse a los inspectores del trabajo otras obligaciones distintas de la aplicación de las leyes relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores, como la aplicación de las leyes de inmigración, únicamente en la medida en que no interfieran con sus principales obligaciones.

La CEACR es, pues, sumamente clara en cuanto a la función principal de la inspección del trabajo.

Conforme con esta doctrina, bien puede indicarse que, de acuerdo con las obligaciones de las inspecciones del trabajo, según los Convenios núms. 81 y 129, independiente del compromiso que puedan tener los inspectores del trabajo de colaborar con las autoridades migratorias, esa colaboración no puede hacerse convirtiendo a los inspectores de trabajo en policías de migración ni asignándoles las competencias de las autoridades migratorias. Todo lo contrario: las funciones deben estar claramente diferenciadas, de acuerdo con las competencias legales de cada autoridad. Para ello es fundamental tomar en cuenta que la principal función de la inspección del trabajo es de protección sobre la población de trabajadores migrantes —en situación regular o irregular— a fin de que se cumpla con ellos la legislación laboral del país.

Conforme con la doctrina aquí mencionada, los convenios internacionales de la OIT y la legislación laboral nacional que se examinará en el próximo capítulo (fundamentalmente las funciones de las autoridades de los Ministerios de Trabajo), no existe una competencia en materia migratoria —ni en el derecho internacional ni en el derecho nacional— asignada a los inspectores del trabajo.

³¹ Vega Ruíz, *Garantizando la gobernanza*, 160.

³² OIT, *Promover una migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes*, Informe III (1B), ILC.105/III/1B, Conferencia Internacional del Trabajo, 105.ª reunión, 2016.



Como contrapunto, bien puede afirmarse que las tareas propias de la Autoridad de Trabajo tienen su propia especificidad cuando se trata de trabajadores migrantes. A ello se refiere por ejemplo la directriz 9.5 del *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*³³, cuando recomienda:

- ▶▶ 9.5. adoptar medidas para garantizar que todos los trabajadores migrantes, que dejan el país de empleo tengan el derecho a percibir cualquier remuneración o prestación pendientes que se les pudiera deber en relación con el empleo y, según proceda, que se le conceda un plazo razonable de permanencia en el país para reclamar los salarios impagos.

Muy enfática es la CEACR³⁴ al referirse a ciertos grupos de trabajadores migrantes, cuando indica:

- ▶▶ 486. La Comisión reitera que la exclusión de grupos específicos de trabajadores migrantes —como las trabajadoras y los trabajadores domésticos que viven en el lugar de trabajo, los trabajadores dedicados a la prestación de cuidados, o los trabajadores agrícolas— de la protección de instituciones especializadas que defienden los derechos de los trabajadores migrantes puede socavar la capacidad de dichas categorías de trabajadores migrantes para ejercer plenamente sus derechos.

El señalamiento anterior es muy claro. Dentro de los grupos de trabajadores migrantes que requieren una especial protección, hay tres que merecen la atención especial de las autoridades de los Estados Miembros de la OIT y por supuesto de la Inspección del Trabajo de esos países: trabajadores domésticos, trabajadores de los cuidados y trabajadores de la agricultura.

Dada la evidente transversalidad de los temas de migración, derechos laborales y discriminación por razón de género en relación con el papel de la inspección del trabajo, es clara la necesidad de formulación de pautas que orienten o iluminen el camino del inspector o inspectora en estos temas. Muchas de esas pautas ya se encuentran en la legislación de cada país, tal y como se verá más adelante. Otras habrá que desentrañarlas a partir de la normativa internacional y de los ordenamientos jurídicos de cada Estado, incluyendo el valioso aporte de la jurisprudencia de los tribunales tanto nacionales como internacionales.

La CEACR, en su informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2016 antes reseñado, se refiere precisamente a ciertos grupos de trabajadores migrantes vulnerables³⁵ y a las mujeres. Al respecto indica:

- ▶▶ 644. La Comisión recuerda que ciertos grupos de trabajadores migrantes son especialmente vulnerables a las violaciones de sus derechos humanos básicos en general y de su derecho a la

33 OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, 2007.

34 OIT, *Promover una migración equitativa*, 169.

35 «La Comisión subraya a este respecto medidas encaminadas a atender las necesidades de las mujeres, así como de grupos particulares de trabajadores migrantes, tales como las minorías étnicas y religiosas, las poblaciones rurales e indígenas, los jóvenes, las personas con discapacidad, y las personas que viven con el VIH y el sida», en OIT, *Promover una migración equitativa*, 216.

igualdad de oportunidades y de trato en particular, así como a los abusos y la explotación a lo largo del proceso migratorio. [...]

- ▶▶ 645. La Comisión toma nota de que en la actualidad las mujeres constituyen prácticamente la mitad de la población de trabajadores migrantes. [...] Esas trabajadoras a menudo son víctimas de formas múltiples e interrelacionadas de discriminación que repercuten en su disfrute de los derechos humanos básicos.

En la Agenda Estratégica Regional para Asuntos Laborales y de Trabajo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) ³⁶, a cuyo impulso se comprometieron las y los Ministros de Trabajo de Centroamérica y República Dominicana el 5 de abril de 2013, se menciona precisamente este resultado: «Los Estados fortalecen la capacidad de las instituciones responsables de la gestión migratoria de los flujos laborales y del cumplimiento de los derechos humanos de los trabajadores migrantes» (resultado esperado 2.3). A este se agrega otro conforme con el cual: «Los Estados modernizan y fortalecen los sistemas de administración e inspección del trabajo, así como los sistemas de relaciones laborales» (resultado esperado 3.2).

Llegado este punto, no se puede dejar de mencionar aquí las recomendaciones concretas que hizo el Director General de la OIT en su informe a la XVI Reunión Regional Americana, cuando propuso tres tipos de medidas: realizar acciones orientadas a consolidar los distintos sistemas de inspección del Estado en un solo sistema de inspección única; articular los sistemas de inspección con los esfuerzos de los propios actores sociales, y mejorar los procedimientos de inspección (bases de datos, definiciones muy claras, etc.) ³⁷.

36 SICA, *Promoción del Empleo Productivo y el Trabajo Decente*. Agenda Estratégica Regional para Asuntos Laborales y de Trabajo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), 2013.

37 OIT, *Trabajo decente en las Américas*, 84-85.



PARTE
2

Marco jurídico para la
inspección laboral y
las y los trabajadores
migrantes en Costa Rica

De acuerdo con la doctrina jurídica de mayor aceptación en el mundo, el llamado bloque de constitucionalidad está conformado por las constituciones políticas, los instrumentos internacionales de valor igual o inferior a los textos constitucionales —que se aplican e interpretan armoniosamente con dichas constituciones—, así como por los principios del derecho internacional y nacional que se desprenden de toda la normativa anterior. En el caso del trabajo realizado por migrantes, el bloque es muy amplio: se basa en un conjunto muy importante de convenios y convenciones internacionales, todos sustentados a su vez en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Todos ellos configuran un cuadro de normas que, como regla general, se refieren al principio de no discriminación de la población migrante en general y de los trabajadores migrantes en particular.

En el caso de Costa Rica, los artículos 7, 10 y 48 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala Constitucional han permitido un avance significativo de la tutela de derechos fundamentales provenientes del ordenamiento jurídico internacional, pues se ha llegado a sostener que precisamente las normas internacionales sobre derechos humanos, en tanto protejan de mejor manera la situación jurídica de las personas, prevalecerán incluso por encima de la propia Carta Política. Esta afirmación se recoge en el voto N° 3805 de la Sala Constitucional, de 1992, en el que concretamente se dijo:

- ▶▶ Los tratados o convenios internacionales, por mandato expreso del artículo 7 de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a la de las leyes comunes, como lo es el citado Código. Más la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional —la más importante— que complementan la Constitución Política en su parte dogmática.

▶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 7

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

Más allá de lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sostenido en algunos de sus fallos que, tratándose de instrumentos de derechos humanos, aun en el caso de que no hubiesen sufrido el procedimiento constitucional de aprobación, podrían ser aplicados como parte del ordenamiento nacional. Así lo indicó, por ejemplo, en el voto N° 9687 del año 2000, en el cual se dijo lo siguiente:



- ▶▶ La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de «instrumentos internacionales», significando no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable al país.



CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 48

Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

2.1. Marco internacional

Esta sección abordará el marco internacional sobre las competencias y funciones de la inspección del trabajo con respecto a los trabajadores migrantes. Incluye la mención de normas escritas de derecho internacional y jurisprudencia de la principal fuente de derecho internacional jurisdiccional del continente: las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Costa Rica no ha aprobado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas (1990), ni el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) ni el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). Aun así, el país ha ratificado otra serie de tratados y convenios de los cuales dimanar una serie obligaciones de carácter internacional en protección de los trabajadores migrantes. Adicionalmente, al ser el Estado costarricense parte de la OIT y signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra sometido a los instrumentos de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (y las interpretaciones que de ellos han hecho los órganos de control de la OIT) y a los criterios que en la materia ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Costa Rica, la jurisprudencia constitucional ha admitido la aplicación al ordenamiento nacional de instrumentos de derechos humanos no aprobados según el trámite constitucional. Un ejemplo muy claro se encuentra en el voto N° 2261 del año 2012, en que el Tribunal Constitucional, al resolver un recurso de amparo sobre los derechos a la salud de las personas extranjeras, hace mención de los artículos 7, 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

Naciones Unidas, y más adelante en el fallo —que incorpora otros votos sobre el mismo tema—, se sirve citar los artículos 25,1), 28, 43, 1) y 45 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, la cual —según ya se dijo— no ha sido aprobada por el Estado costarricense. Lo importante de destacar aquí no es solo la cita que se hace de la convención, sino también de los artículos que de forma puntual se mencionan ³⁸, y sobre todo la oración que se introduce en la sentencia luego de mencionar los artículos convencionales indicados, cuando se agrega: «... **lo cual es acorde con la normativa de nuestro país...**», observación que permite pensar que para la Sala Constitucional, la convención indicada es perfectamente aplicable para resolver determinados conflictos jurídicos que lleguen a conocimiento de ese tribunal y, en general, de cualquier jurisdicción del país, tanto judicial como administrativa.

Seguidamente se resumen los institutos, las normas y la jurisprudencia más importantes en la materia objeto del presente documento y a los que está sujeto el Estado costarricense.

2.1.1. Derecho de ingreso y salida de un país

Los derechos de las poblaciones migrantes en general, y de los trabajadores migrantes en particular, tienen su posible origen en un derecho de rancia data en el derecho internacional: el derecho de toda persona de entrar y salir de un país ³⁹.

Este derecho tan singular, que sin embargo no fue ampliamente reconocido durante mucho tiempo dado el poder de control que pretendían mantener los gobernantes con respecto a sus gobernados desde la época feudal, se encuentra regulado claramente en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que señala en su artículo 13:

- ▶▶ 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Esta norma, que guarda estrecha relación con el artículo 15 de la misma Declaración en cuanto sintoniza con el derecho de toda persona a una nacionalidad, tiene como corolario el derecho de quienes han regularizado su situación en un país del que no son nacionales a un tratamiento

38 Para este trabajo es importante la cita que hace la Sala Constitucional del artículo 25,1) de la Convención de las Naciones Unidas, según el cual: «Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en ese término;...».

39 Según Jagerskiold, citado por Quesnel Meléndez, hacia mitad del siglo XIX el derecho de salir del propio país y el derecho de regresar empezó a ser crecientemente reconocido. Ver Quesnel Meléndez, Carlos, *The right to return and repatriation in International Law, with special reference to refugees and displaced persons in México and Central America* (Ginebra: Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1990): 5.



no discriminatorio con respecto a los nacionales. En efecto, establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 12 ⁴⁰:

- ▶▶ 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
[...]
- 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

2.1.2. La ley como única fuente normativa de restricciones a los principios universales sobre derechos fundamentales

De acuerdo a la Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —creado en el mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, la determinación de si un extranjero se encuentra o no legalmente dentro del territorio de un Estado es un asunto que corresponde resolver al derecho interno, el cual puede sujetar el ingreso de extranjeros a un territorio a ciertas restricciones, siempre y cuando tales restricciones se avengan con los compromisos internacionales asumidos por ese Estado. En sentido complementario, ha señalado también el Comité de Derechos Humanos que, si un extranjero ha ingresado a un país de forma ilegal, pero su situación migratoria se ha regularizado, debe ser considerado como persona que se halla legalmente en ese territorio para los efectos del artículo 12 antes citado ⁴¹.

Ha interpretado también el Comité que las restricciones a que se refiere el artículo 12 solo deben hacerse por ley y que «no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación». A ello agrega: «La aplicación de restricciones en cualquier caso particular debe tener un fundamento jurídico claro y cumplir con el criterio de ser necesarias y con el requisito de proporcionalidad», que en cualquier caso «debe ser compatible con otros derechos consagrados en el Pacto y con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación» ⁴².

2.1.3. La importancia del concepto de jurisdicción sobre los extranjeros en la responsabilidad de cada Estado frente al derecho internacional

En cuanto a la identificación de la relación persona-Estado para efectos de ubicar las obligaciones de los Estados, es necesario remitirse al concepto de «jurisdicción» utilizado en algunos convenios internacionales, y que la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica ya ha incorporado

40 Los derechos contenidos en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos guardan perfecta armonía con lo dispuesto por el artículo 5, *d*), ii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

41 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 27 (67). Libertad de circulación (artículo 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

42 CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

en algunos de sus votos ⁴³. Este concepto permite evitar, cuando así convenga a la normativa que se pretende aplicar, la diferenciación entre extranjeros que residen en el país de forma «legal» o «ilegal», así como la distinción entre nacionales o extranjeros, igualando en derechos a todas las personas que se encuentren en territorio nacional y, por tanto, bajo la jurisdicción del Estado, con las calificadas excepciones que reconoce el derecho internacional. Se trata de un principio por lo demás recogido en el artículo 16 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo literal es el siguiente: «La Jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros».

En lo que se refiere a los alcances de este importantísimo concepto, establece el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo siguiente:

- ▶▶ 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.1.4. El principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a los trabajadores migrantes

Proyecta el artículo 2, 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una obligación de carácter internacional de mayor trascendencia práctica en cuanto a los extranjeros residentes en un país, cuando aborda el principio de igualdad. Así, el artículo 3 señala claramente lo siguiente: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

De manera complementaria con la norma anterior, indica la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 45, a): «Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica». Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, ordena en su artículo primero la aplicación igualitaria y no discriminatoria de la Convención para toda persona sujeta a la jurisdicción de los Estados Parte de la Convención, agregando luego, en su artículo 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley» ⁴⁴.

43 Ver por ejemplo voto N° 8857-98 de la Sala Constitucional de Costa Rica, de las 16:30 del 15 de noviembre de 1998, en que se hace mención, para efectos de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de todos los niños que se hallan bajo la jurisdicción del Estado.

44 Esta norma se complementa necesariamente con el artículo 3 del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el cual contempla la «obligación de no discriminación»: obliga a los Estados Parte a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.



Mención aparte y muy destacada debe hacerse, llegado este punto, al Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)⁴⁵ de la OIT, el cual fue debidamente aprobado por Costa Rica. De él derivan importantes repercusiones en materia de tratamiento igualitario para todo tipo de trabajadores, nacionales o extranjeros.

Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende:
 - (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.
 - (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.
2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
3. A los efectos de este Convenio, los términos *empleo y ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Artículo 3

Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a:

- (a) tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- (b) promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política;
- (c) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;
- (d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;
- (e) asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional;
- (f) indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

⁴⁵ Convenio aprobado por Costa Rica, según Ley N° 2848, de 28 de octubre de 1961, publicada en la Gaceta N° 249, del 2 de noviembre de 1961.

La CEACR, al analizar el tema de la igualdad en el empleo y la ocupación, ha expresado lo siguiente en cuanto a la discriminación ⁴⁶:

- ▶▶ 23. El apartado *a)* del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio núm. 111 define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en determinados criterios) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. En esta definición, de carácter puramente descriptivo, se diferencian tres elementos:
 - *un elemento de hecho* (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originadas en un acto o en una omisión) que constituye la diferencia de trato;
 - *un motivo determinante de la diferencia de trato, y*
 - *el resultado objetivo de tal diferencia de trato* (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato).

También ha señalado la misma Comisión que, aun cuando el Convenio núm. 111 no se refiere de manera expresa a la discriminación por razón de la nacionalidad ⁴⁷:

- ▶▶ ... sí extienden en cambio su alcance a otras razones que pueden constituir la base de prácticas discriminatorias contra los trabajadores migrantes y sus familias. En efecto, además de su condición de no nacionales, los trabajadores pueden ser, asimismo, víctimas de prejuicios por motivos de *raza, color, religión, ascendencia nacional u origen social*.

No se puede olvidar, además, que si bien el artículo 1, *b)* del Convenio núm. 111 no incluye expresamente la nacionalidad como uno de los motivos de discriminación, sí hace referencia a «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación», lo cual permite a las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales, incorporar este otro criterio a sus resoluciones y reglamentaciones.

En relación con este último tema, en fecha más reciente, en el citado informe a la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2016, la Comisión de Expertos señala que a pesar de que el Convenio núm. 111 no incluya expresamente la discriminación por razón de nacionalidad, «se aplica a todos los trabajadores, nacionales o no nacionales, en los países que lo han ratificado, y la Comisión ha considerado en el pasado que los trabajadores migrantes en situación irregular deberían disfrutar de la protección contra la discriminación con respecto a los motivos enumerados en el Convenio» ⁴⁸.

Resulta relevante, de la observación anterior que hace la Comisión de Expertos, su llamado de atención a la no discriminación de trabajadores en situación irregular, lo cual se aviene perfectamente con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se analizarán en la sección siguiente.

46 OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111*, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83.^a reunión, 1996, p. 12.

47 OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación*, 1996, p. 12.

48 OIT, *Promover una migración equitativa*, 2016, párr. 290.



En complemento a lo anterior, cabe recordar que Costa Rica también aprobó el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), lo cual debería ser relevante —a pesar del poco uso que le han dado los tribunales costarricenses— en punto al tema de igualdad de género y al fenómeno de la feminización de la migración laboral. Al respecto, la Comisión de Expertos se ha permitido destacar «que son muchos los motivos por los que, a menudo, las trabajadoras migrantes sufren discriminación en el mercado de trabajo, como por ejemplo la condición de migrante, el sexo, la religión y la etnia»⁴⁹.

2.1.5. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre migrantes y trabajadores migrantes en general

Precisamente, en relación al principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores y las trabajadoras migrantes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido haciendo una trascendental interpretación sobre la aplicación de las normas de derecho internacional antes mencionadas y, de manera especial, tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos de los cuales es signatario el Estado costarricense.

En el *Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, cuya sentencia se dictó el 8 de setiembre de 2005, indicó la Corte:

▶▶ 155. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

156. De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho de la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce ni ejercicio de sus derechos;

b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y

c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrán derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado donde nacieron.

49 OIT, *Promover una migración equitativa*, 2016, párr. 327.

Es muy clara entonces la separación que hace la Corte Interamericana entre el derecho a ser tratado como igual ante la ley y a recibir igual protección de la ley (según el artículo 24 de la Convención Interamericana), y la condición migratoria de la persona. Ello implica que la condición de migrante irregular del trabajador o la trabajadora migrante no impide gozar de los citados derechos. Si bien la aplicación de esta doctrina puede tener una interpretación distinta cuando se trata de derechos políticos como el acceso mismo a la ciudadanía, tal como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de algunas cortes nacionales, ello no resta aplicabilidad al *Fallo de las Niñas Yean y Bosico*, no solo porque forma parte de una sentencia de un Tribunal Internacional, sino también porque en materia de derechos laborales la doctrina sentada se mantiene incólume.

De mayor relevancia para los efectos de este trabajo son los criterios vertidos por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, donde nuevamente se aplica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos de carácter internacional.

Para aquilatar la opinión jurídica de la Corte Interamericana —que, si bien no se refiere a un caso ni país en particular, sí establece doctrina obligatoria para la interpretación de los instrumentos internacionales que ella contempla—, debe recordarse que una de las preguntas concretas que se sometió a criterio de la Corte fue: **«¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?»**.

La decisión de la Corte Interamericana, en cuanto a las preguntas que se le formulan, arranca con una declaración general de suyo importante al manifestar que la opinión que rendirá se aplica a todos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que han firmado la Carta de dicha organización, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hayan o no ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos o sus Protocolos facultativos, como sería en este último caso el llamado Protocolo de San Salvador ⁵⁰.

50 Ver Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de septiembre de 2003, párr. 60.



Dicho lo anterior, declara la Corte ⁵¹:

- ▶▶ Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

Al analizar si los principios de igualdad y de no discriminación forman parte del denominado *jus cogens*, entendido como norma imperativa de derecho internacional general aplicable a todo Estado, independientemente de que haya suscrito o no un determinado tratado internacional, arriba la Corte a la siguiente conclusión trascendental ⁵²:

- ▶▶ **... este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.**

Podrá notarse de la sentencia cómo la Corte Interamericana amplía incluso los parámetros de comparación para determinar si una medida o trato resulta discriminatorio al incluir dentro de ellos el criterio de la nacionalidad.

Como consecuencia de lo dicho, sigue diciendo el fallo bajo examen, «los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas». Esto implica, en palabras de la misma Corte, un deber y una responsabilidad «con respecto a actuaciones y prácticas de terceros» —esto es, de personas que no son agentes públicos—, quienes, bajo su tolerancia o visto bueno, «creen, mantengan o favorezcan» medidas discriminatorias. En tal sentido, cada Estado nacional responde no solo por sus actos propios, sino también por los de los empleadores que se encuentran bajo su jurisdicción ⁵³.

Entrando ahora en el tema específico de los migrantes, señala el fallo aquí analizado que, como regla de principio, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes, aunque ⁵⁴:

51 Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 85.

52 OC-18/03, párr. 101.

53 OC-18/03, párrs. 104 y 105.

54 OC-18/03, párr. 119.

- ▶▶ ... sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y el respeto de la dignidad humana.

Particular relevancia otorga la Corte en el caso de los migrantes al cumplimiento de las reglas del debido proceso, indicando que se trata de un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio⁵⁵. Sobre lo anterior, recuerda la Corte lo que ha dicho en otras ocasiones sobre el debido proceso, reseñando que «... para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables»⁵⁶. Asimismo, recordando que «el elenco de garantías mínimas del debido proceso se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal»⁵⁷. Muy importante para el caso de los trabajadores migrantes es el recordatorio que sobre este tema hace la Corte Interamericana al señalar que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de un trabajador, señalando de manera clara y contundente que los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten⁵⁸.

55 OC-18/03, párr. 121.

56 Opinión Consultiva OC-16/99 de Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*.

57 OC-18/03, párr. 124.

58 OC-18/03, párr. 127.



En relación con los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, que seguramente es el tema más sensible de la opinión jurídica solicitada a la Corte Interamericana, se encuentra en la sentencia que se examina criterios claros y muy precisos. Así cuando se indica lo siguiente:

► **Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

134. [...] El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Esos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Conforme con lo anterior, si en la sentencia de 8 de setiembre de 2005 la Corte Interamericana ratificó que la condición migratoria es independiente de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003 a que ahora se hace referencia señala que la condición migratoria de un trabajador es igualmente independiente de la protección que le brinda el ordenamiento laboral internacional y nacional.

Ahora bien, hace la sentencia una aclaración importante en el caso del acceso al empleo, sin que la política de los Estados sobre este punto deba afectar a los trabajadores en situación migratoria irregular que ya han obtenido un empleo. Sobre este neurálgico tema, indica el fallo lo siguiente ⁵⁹:

►► 135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

59 OC-18/03, párrs. 135 y 136.

En referencia a la doble responsabilidad de los Estados, tanto por su propia acción u omisión como por su obligación sobre la actividad de los particulares, la sentencia apunta ⁶⁰:

- ▶▶ 148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Muy importante es la mención que hace la Corte Interamericana a los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes que considera más frecuentemente violados. Al respecto se encuentra la siguiente declaración ⁶¹:

- ▶▶ 157. En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual '[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros'.

Finalmente, dentro de la exégesis del fallo que se comenta en torno a una eventual oposición entre el derecho interno o las políticas migratorias de cada Estado y los compromisos internacionales, la Corte Interamericana fija una posición clara al recordar que, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, una parte —es decir, un Estado— no puede «invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» ⁶².

En una sentencia posterior, de 23 de noviembre del año 2010, en el conocido como *Caso Vélez Loor contra Panamá*, la Corte Interamericana ratifica algunos de los conceptos que ya había emitido en fallos anteriores sobre la situación de los trabajadores migrantes, incluido del derecho de los Estados de establecer mecanismos de ingreso y de salida de su territorio para los no nacionales. Entre las particularidades de esta resolución con respecto a la Opinión Jurídica del año 2003, está la expresa inclusión que hace el Tribunal Internacional de los migrantes indocumentados o en

60 OC-18/03, párr. 148.

61 OC-18/03, párr. 157.

62 OC-18/03, párr. 165.



situación irregular dentro de lo que denomina grupos vulnerables que requieren, por tanto, una especial protección de las autoridades del Estado en que se encuentren.

Señala al respecto el fallo en cuestión lo siguiente:

▶ **Caso Vélez Loor contra Panamá (23 de noviembre de 2010)**

98. En este sentido, la Corte ha establecido que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. A este respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues «son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos» y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y «diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]». Evidentemente, esta condición de vulnerabilidad conlleva «una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales)». Del mismo modo, los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad. Finalmente, es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.

La observación anterior de la Corte Interamericana se encuentra respaldada por una importante cita al pie de página núm. 86 de la misma sentencia, la cual apunta que:

▶ **Caso Vélez Loor contra Panamá (23 de noviembre de 2010)**

Del mismo modo, la Asamblea General de las Naciones Unidas resaltó «la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular». Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre «Protección de los migrantes», A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo, párr. quinto, citado en *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

En torno a la forma en que mira el derecho internacional en general a los grupos vulnerables, y dentro de ellos a los trabajadores migrantes, señala la Corte Interamericana lo siguiente ⁶³:

- ▶▶ 99. En aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional existente en relación con los derechos humanos de los migrantes, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo.

100. Esto no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De igual forma, la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante.

En relación con el debido proceso a que tienen derecho los trabajadores migrantes y nuevamente en torno a la doctrina que ha venido sentando la Corte sobre el principio de no discriminación y su aplicación a los migrantes, señala el fallo bajo examen ⁶⁴ lo siguiente:

- ▶▶ 143. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aún cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

248. Este Tribunal ya ha considerado que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del *jus cogens*. En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

En síntesis, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el concurso de las resoluciones de las Naciones Unidas, envían un claro mensaje a los Estados —y, por tanto, a sus ordenamientos jurídicos— en el sentido de que los migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción son personas vulnerables y, como tales, requieren protecciones especiales en materia de debido

63 *Caso Vélez Loor contra Panamá*, párrs. 99 y 100.

64 *Caso Vélez Loor contra Panamá*, párrs. 143 y 248.



proceso y aplicación del principio de no discriminación, dado el peligro inminente de afectación de sus derechos fundamentales.

2.1.6. El caso especial de las personas que solicitan refugio por razones políticas y económicas

Costa Rica como Estado —a través de su Constitución Política y legislación interna— y el derecho internacional —por medio de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y sus Protocolos, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018— han incorporado al ordenamiento internacional y al ordenamiento nacional normativa suficiente para perfilar de manera especial a las personas que se trasladan al territorio costarricense en busca de refugio. La importancia de esta migración forzada de personas de diversos sexos y edades en los últimos años ha quedado bien retratada en las estadísticas sobre el refugio nicaragüense (ofrecida en la primera parte de esta investigación), y que también se hace patente mediante las corrientes migratorias de refugiados de otros países de América del Sur, como Colombia o Venezuela.

Dado que los conceptos sobre las migraciones forzadas que se manejan internacionalmente y en el ordenamiento del país no siempre coinciden, y hasta se habla de un concepto propio del continente americano sobre derecho de asilo, conviene examinar cada una de las fuentes mencionadas e ir dilucidando cuál es la regulación que establece la normativa costarricense. Esta definición metodológica es importante porque, en última instancia, aunque la doctrina de los órganos internacionales utilice categorías y conceptos que no siempre son los mismos, lo que se va a aplicar en Costa Rica son las normas internacionales que se hayan aprobado debidamente y, por supuesto, la propia normativa recogida en la ley y en los reglamentos internos.

Empezando por la Constitución Política, se debe iniciar el examen de derecho positivo nacional refiriéndonos al artículo 31 de la Carta Política, el cual señala lo siguiente:

▶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 31

El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido.

La extradición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en casos de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense.

Tal como se desprende del texto constitucional, la Carta Política del país se refiere exclusivamente a la figura del asilo por razones políticas, aparte de referirse únicamente al asilo que se puede solicitar en territorio nacional y no fuera de él. Sobre esta norma ha indicado la Sala Constitucional que todo perseguido por razones políticas tiene un derecho subjetivo pleno y perfecto por el solo hecho

de poner el pie en territorio nacional a solicitar el asilo, de modo que la actividad de la autoridad administrativa es esencialmente declarativa y debe limitarse a comprobar si, efectivamente, el asilado es un perseguido por razones políticas, independientemente de la forma en que ingresó al país ⁶⁵.

Para comprender la extensión jurídica de la figura del refugio, la cual va más allá del concepto restringido de asilo que maneja la Constitución Política de Costa Rica, es preciso acudir, en primer lugar, a fuentes de derecho internacional. A este respecto, conviene empezar con el artículo 22, 7) y 8) de la Convención Americana de Derechos Humanos y con el artículo 14,1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

▶ **CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

Por su parte, el artículo 14, 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del año 1948, señala:

▶ **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

Las normas anteriores permiten entender que puede existir un concepto de «asilo» más amplio que aquel cuyo origen es solamente por razones políticas, como queda claramente establecido en el artículo 22, 8) de la Convención Americana, en el que se hace referencia a circunstancias que pongan en peligro la vida o la libertad de las personas, en virtud de situaciones como la raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas.

Ahora bien, Costa Rica ha ampliado también el concepto de «asilado» que aparece en la Constitución Política, ya no solo mediante la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos —a la cual ya se ha hecho referencia aquí—, sino también mediante la aprobación de la Convención

⁶⁵ Resolución de la Sala Constitucional N° 2087 de las 11:03 minutos del 28 de abril de 1995. A propósito de la prevalencia del derecho constitucional al asilo sobre el instituto de la extradición puede consultarse también la resolución de la Sala Constitucional de las 10:57 horas del 4 de setiembre de 1998.



sobre el Estatuto de los Refugiados y sus Protocolos, particularmente mediante el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, convocada por su Asamblea General, en Ginebra el 28 de julio de 1951. Por su parte, su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados fue firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Ambos instrumentos se encuentran debidamente aprobados por el Estado costarricense ⁶⁶.

La Convención, del año 1951, signada por los movimientos de personas que habían sufrido los estragos de la Segunda Guerra Mundial, incluyó un concepto de refugiado que posteriormente tendría que modificar, dados los límites de su alcance normativo. Así, en el artículo 1, A, 2) de esta convención, se definió como refugiado a toda persona que «como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él».

En el Protocolo a la Convención (1967), se amplió el término de refugiado, indicando que, con respecto a la definición del año 1951, debían omitirse las siguientes partes: «como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951» y «a consecuencia de tales acontecimientos».

De esta manera, se infiere que el concepto de refugiado, tras el Protocolo de 1967 incluye a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se refiere también a lo que denomina una definición regional de refugiado para América Latina, basándose en la Declaración de Cartagena sobre refugiados (1984), emitida por un conjunto de países de la región, según la cual debe considerarse también como refugiados «a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público» ⁶⁷.

66 Mediante Ley N° 6079 de 29 de agosto de 1977 se autorizó la adhesión de Costa Rica a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951), la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 1954), la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (Nueva York, 1961) y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (Nueva York, 1967).

67 La Declaración de Cartagena sobre Refugiados fue adoptada como acuerdo no vinculante en el «Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados de América Central, México y Panamá», celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, en el que participó Costa Rica. Puede consultarse el texto en <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>. La definición regional de refugiado de ACNUR puede consultarse el documento *Buena Práctica 1. Definición regional de refugiado*, disponible en https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9203.pdf.

En este documento, y sin perjuicio de la definición regional a que se ha hecho referencia, por razones de seguridad jurídica se considera conveniente continuar la referencia a la definición de refugiado que contiene el Protocolo de 1967 a la Convención de 1951, así como a la definición contenida en la Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica, a la que se hará posteriormente referencia.

Volviendo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), esta contiene algunas normas que para efectos de esta investigación revisten interés. En primer lugar, el artículo 3, el cual señala: «Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen». En segundo lugar, también resulta destacable el artículo 7, el cual indica en su párrafo primero que, a reserva de disposiciones más favorables dispuestas en la propia Convención, «... todo Estado Contratante otorgará a los refugiados el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general». El mismo artículo, pero en su inciso 4, contempla la posibilidad para los Estados Contratantes de otorgar a los refugiados otros beneficios, además de los contemplados en el inciso primero, aun cuando no exista reciprocidad. En materia de empleo remunerado para los refugiados, señala el artículo 17 de la Convención lo siguiente:

▶ CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

Artículo 17. Empleo remunerado

1. En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros.
2. En todo caso, las medidas restrictivas respecto de los extranjeros o del empleo de extranjeros, impuestas para proteger el mercado nacional de trabajo, no se aplicarán a los refugiados que ya estén exentos de ellas en la fecha en que esta Convención entre en vigor respecto del Estado Contratante interesado, o que reúnan una de las condiciones siguientes:
 - a) Haber cumplido tres años de residencia en el país;
 - b) Tener un cónyuge que posea la nacionalidad del país de residencia. El refugiado no podrá invocar los beneficios de esta disposición en caso de haber abandonado a su cónyuge;
 - c) Tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia.
3. Los Estados Contratantes examinarán benévolamente la asimilación, en lo concerniente a la ocupación de empleos remunerados, de los derechos de todos los refugiados a los derechos de los nacionales, especialmente para los refugiados que hayan entrado en el territorio de tales Estados en virtud de programas de contratación de mano de obra o de planes de inmigración.



El artículo más importante de la Convención para efectos de este trabajo es el artículo 24, el cual dice textualmente lo siguiente:

▶ **CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS**

Artículo 24. Legislación del trabajo y seguros sociales

1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes:
 - a) Remuneración, incluso subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, disposiciones sobre horas extraordinarias de trabajo, vacaciones con paga, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo, en la medida en que estas materias estén regidas por leyes o reglamentos, o dependan de las autoridades administrativas;
 - b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, maternidad, enfermedad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes:
 - i) Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición;
 - ii) Posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios o a la participación en los beneficios pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal.
2. El derecho a indemnización por la muerte de un refugiado, a resultas de accidentes del trabajo o enfermedad profesional, no sufrirá menoscabo por el hecho de que el derechohabiente resida fuera del territorio del Estado Contratante.
3. Los Estados Contratantes harán extensivos a los refugiados los beneficios de los acuerdos que hayan concluido o concluirán entre sí, sobre la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vía de adquisición en materia de seguridad social, con sujeción únicamente a las condiciones que se apliquen a los nacionales de los Estados signatarios de los acuerdos respectivos.
4. Los Estados Contratantes examinarán con benevolencia la aplicación a los refugiados, en todo lo posible, de los beneficios derivados de acuerdos análogos que estén en vigor o entren en vigor entre tales Estados Contratantes y Estados no contratantes.

Tal como se desprende de esta norma, las condiciones de trabajo y de seguridad social para los refugiados que trabajen de forma remunerada deberán ser exactamente iguales a las de los nacionales. Se trata, pues, de una extensión del principio de igualdad que ya contempla la Constitución Política en el artículo 33 y al que también hacen referencia otros convenios internacionales y la jurisprudencia ya analizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967) introdujo el cambio ya indicado que permitió desligar el concepto de «refugiado» de los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, dando pie a la concepción moderna de este tipo particular de migración forzosa. Costa Rica ha legislado en materia de refugiados, y lo ha hecho por medio de la Ley General de Migración y Extranjería, Ley N° 8764 de 19 de agosto de 2009⁶⁸. Precisamente en su artículo 106 se define el concepto legal de «refugiado» para la legislación nacional, el cual —como es fácil notar— se atiene a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y a su Protocolo de 1967.

► LEY GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

Artículo 106

El reconocimiento de la condición de refugiado estará sujeto a las normas estipuladas en los instrumentos internacionales aprobados, ratificados y vigentes por el Gobierno de Costa Rica sobre la materia. A efectos de la presente Ley, el término refugiado se aplicará a toda persona extranjera a quien la Dirección General le reconozca tal condición. Se entenderá como refugiado a la persona que:

- 1) Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.
- 2) Al carecer de nacionalidad y por hallarse fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, por causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Toda persona refugiada que se encuentre en el territorio nacional tiene la obligación de acatar las leyes y los reglamentos vigentes, así como las medidas que adopte el país para el mantenimiento del orden público; además de las disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

La unidad familiar, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado. En consecuencia, la condición de refugiado le será reconocida al núcleo familiar primario y a otros familiares dependientes y parientes dentro del primer orden de consanguinidad o afinidad.

Para los efectos de este estudio, resulta de interés la mención de otros artículos de la ley en cuestión. Entre ellos, el artículo 108, según el cual, para ejercer los derechos vinculados a la normativa que se cita, la persona refugiada debidamente reconocida recibirá por parte de la Dirección General de Migración y Extranjería una identificación que acredite su permanencia legal en el país. Ello le dará el derecho a **ejercer cualquier tipo de actividad laboral remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia, en estricto apego a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico**. Es decir, que la condición de refugiado, debidamente reconocida, permite trabajar sin restricción alguna, en idénticas condiciones a los nacionales, pues así lo establece la Convención de 1951.

La Ley General de Migración y Extranjería distingue entre la condición de refugiado y la figura del asilo. Si la institución del refugio deriva en Costa Rica de la Convención de las Naciones Unidas del año 1951 y de su Protocolo de 1967, la figura del asilo lo hace directamente del artículo 31 de la Constitución Política y de los convenios internacionales firmados por Costa Rica: el artículo 22, 7)

⁶⁸ Ley publicada en la Gaceta N° 170, del 1 de setiembre de 2009.



de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14, 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sobre la figura del asilo, señalan los artículos 109 y 110 de la Ley General de Migración y Extranjería lo siguiente:

► **LEY GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA**

Artículo 109

Entiéndese por asilo la protección que se otorgue a la persona extranjera, que lo solicite, con el objeto de salvaguardar su vida, libertad o integridad personal, en razón de ser perseguida por motivos políticos u otros conexos, definidos por los convenios en materia de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Costa Rica que se encuentren vigentes.

Artículo 110

La declaratoria, los derechos y las obligaciones del asilado y el apátrida se regirán por lo dispuesto en los convenios internacionales sobre la materia, debidamente ratificados por Costa Rica, que se encuentren vigentes.

Resulta interesante constatar que, extendiendo el concepto de asilo que contempla el artículo 31 de la Constitución Política de Costa Rica, la Ley General de Migración y Extranjería, en su artículo 111, no solo contempla el asilo territorial (que es el otorgado en territorio nacional a personas perseguidas por motivos o delitos políticos o conexos), sino que además incluye el llamado asilo diplomático (que es el otorgado en misiones diplomáticas, en navíos o en aeronaves oficiales).

► **LEY GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA**

Artículo 111

Podrán concederse dos tipos de asilo:

- 1) Asilo diplomático: es el otorgado en las misiones diplomáticas ordinarias de la República de Costa Rica, en los navíos oficiales o en las aeronaves oficiales, a las personas perseguidas por motivos o delitos políticos.
- 2) Asilo territorial: es el otorgado en el territorio nacional a personas perseguidas por motivos o delitos políticos u otros conexos, definidos por los convenios en materia de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Costa Rica, que se encuentran vigentes.

Resulta interesante analizar cómo en el caso del asilo territorial, no solo se habla de personas perseguidas por motivos políticos o delitos políticos, sino que se agrega la expresión «u otros conexos», con lo cual podría darse un empalme o intersección entre los motivos que permiten el asilo y los que, según la Convención de 1951 y su Protocolo, así como el propio artículo 109, permiten la figura del refugio.

Aun así, ambas figuras (asilo y refugio) tienen en Costa Rica un trámite diferenciado: el asilo lo otorga el Poder Ejecutivo, mediante un acto de soberanía; y la figura del refugio se otorga por las Autoridades de Migración del país, mediante el cumplimiento de un procedimiento reglado.

La Ley General de Migración y Extranjería fue reglamentada en punto al tema de refugiados y asilados mediante el Decreto N° 36831-G, de 28 de setiembre de 2011: Reglamento de Personas Refugiadas. El Reglamento incluye tanto la figura del refugiado (regulado en el artículo 109 de la Ley) como la del asilado. En su artículo 4, define como asilado a «la persona extranjera que solicita tal condición con el objeto de salvaguardar su vida, libertad, o integridad personal», mientras que conceptúa al refugiado como: «Toda persona extranjera a quien la Comisión de Visa Restringidas y Refugio le reconoce tal condición, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a un determinado grupo social, u opiniones políticas, que se encuentre fuera del país de su nacionalidad o de residencia y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país. Al carecer de nacionalidad y por hallarse fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o por causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

En definitiva, la conceptualización de «refugiado» que hace el Reglamento es una norma espejo de lo que indica el artículo 106 de la Ley y similar a lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967. En el caso de la definición de «asilado», el Reglamento sí establece una distancia muy importante con la Ley porque, a diferencia de esta, no condiciona el otorgamiento del asilo a una persecución por motivos políticos u otros conexos.

Siguiendo con el análisis del Reglamento de Personas Refugiadas, de interés para este trabajo resulta en primer lugar el artículo 54 reglamentario, el cual indica que mientras se resuelva la solicitud para la condición de persona refugiada, el Subproceso de Refugiados de la Dirección General de Migración y Extranjería extenderá un documento provisional «mediante el cual se regulariza temporalmente su situación migratoria en el país». Si vencido el plazo por el que fue otorgado el documento, de extenderse el plazo de renovación para resolver la solicitud más de tres meses, el Subproceso indicado podrá recomendar a la Dirección General que se emita un documento provisional que incorpore el derecho al trabajo. Agrega la norma: «Con esta documentación podrá ejercer cualquier tipo de relación laboral remunerada o lucrativa por cuenta propia o en relación de dependencia en estricto apego a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente». Por su parte, el artículo 56 reglamentario señala:

▶ **REGLAMENTO DE PERSONAS REFUGIADAS (DECRETO NO 36831-G)**

Artículo 56

A efectos de ejercer los derechos vinculados a la Ley, la persona refugiada debidamente reconocida, recibirá por parte de la Dirección, una identificación que acredite su permanencia legal en el país y en razón de tal condición podrá ejercer cualquier tipo de actividad laboral remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia, con estricto apego a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.



La normativa es clara en que, una vez obtenida, la condición de refugiado otorga el derecho a trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia, y aún podría obtenerse esa ventaja jurídica antes de la resolución definitiva, conforme con el artículo 54 previamente citado, si así lo determina la Dirección General de Migración y Extranjería.

En concordancia con lo que se viene exponiendo, indica el artículo 58 reglamentario que los solicitantes de la condición de refugiado están exonerados de presentar documentos de afiliación a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) para la tramitación del primer documento migratorio permanente, e incluso para efectos de la renovación de la condición migratoria, tampoco es requerido demostrar que dicha afiliación haya sido de forma ininterrumpida.

De especial relevancia resulta el artículo 134 reglamentario, en cuanto allí se señala lo siguiente:

REGLAMENTO DE PERSONAS REFUGIADAS (DECRETO NO 36831-G)

Artículo 34

Las autoridades, judiciales, administrativas, o cualquier otro funcionario habilitado que conozca mediante escrito o verbalmente del deseo de una persona extranjera de acceder al procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona refugiada, es responsable de garantizar el respeto al principio de no devolución contenido en los artículos 115 y 116 de la Ley y este Reglamento y de notificar dicha solicitud inmediatamente al Subproceso de Refugiados, copia de la cual le será entregado al solicitante o su representante.

Como autoridades administrativas, los inspectores del trabajo se encuentran obligados a actuar de conformidad con la norma anterior, cuando en sus investigaciones y visitas a centros de trabajo se encuentren con la situación descrita en esta norma.

2.1.7. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la figura de los refugiados

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido también la oportunidad de referirse a los derechos de los refugiados, y lo ha hecho en su Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, ante solicitud del Ecuador, en torno a la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano.

La Corte fue interrogada sobre estos temas a partir de las disposiciones contenidas en el artículo 22, 7) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Ahora bien, en el desarrollo de su resolución, el Alto Tribunal consideró necesario acompañar el análisis con las disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su Protocolo (1967). En relación con estos dos últimos instrumentos, señaló la Corte Interamericana ⁶⁹:

69 Opinión Consultiva OC-25/18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2018, párr. 95.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador

95. Con la protección de la Convención de 1951 y su Protocolo del 1967, la institución del asilo asumió una específica forma y modalidad a nivel universal: la del estatuto del refugiado. Así, «la institución del asilo, que es una emanación directa del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, enunciado en el párrafo 1 del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (infra párr. 113), es uno de los mecanismos más fundamentales para la protección internacional de los refugiados».

Puede observarse, entonces, cómo la jurisprudencia de la Corte relaciona la Convención de 1951 y su Protocolo con el derecho de asilo y, por lo tanto, con las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y con la propia Convención Americana.

Más adelante en el desarrollo del tema, la Corte arriba a sus principales conclusiones en relación con el derecho de las personas a buscar refugio, y al respecto señala en lo que constituye el meollo de su doctrina:



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador

99. En particular, la Corte recuerda que el derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, leído en conjunto con otras disposiciones de la Convención y a la luz de los tratados especiales, impone al Estado determinados deberes específicos: i) obligación de no devolver (non-refoulement) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.

[...]

132. Al respecto, la Corte ha considerado que el derecho a «buscar y recibir asilo», en el marco del sistema interamericano, se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.



En su resolución, la Corte analiza así también el derecho de no devolución, el cual se desprende del artículo 24, 8) de la Convención Americana de Derechos Humanos, dándole una extensión muy amplia a este derecho al proyectarlo más allá del Estatuto de los Refugiados y cubrir con él a toda persona con derecho a la protección. Señala al respecto la Corte:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador

190. Sin embargo, el principio de no devolución no es un componente exclusivo de la protección internacional de refugiados, toda vez que, con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, ha encontrado una base sólida en los diversos instrumentos de derechos humanos y las interpretaciones que de ellos han hecho los órganos de control. En efecto, el principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida.

Responde la Corte Interamericana a la consulta formulada, en lo que aquí interesa, indicando lo siguiente:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador

156. [...] El derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.
[...]

192. [...] El principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado.

2.1.8. Sobre las figuras del trabajador migrante y del trabajador refugiado

El artículo 11 del Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) de la OIT define al trabajador migrante como «toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no se sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante». Considerando esa definición, cuando se engancha dentro de una relación laboral, la figura del refugiado tiene semejanzas y diferencias con la descripción que hace la OIT del trabajador migrante. Se asemejan en la condición de trabajador extranjero en un territorio distinto al de su nacionalidad, así como en el derecho de ambos a no ser

discriminados por su nacionalidad, como parte de una relación laboral. Las condiciones de trabajo de ambas categorías deben ser iguales a las de los trabajadores nacionales, sin que resulte posible aplicarles una diferenciación cuyo origen sea la nacionalidad (como tampoco otras diferenciaciones igualmente discriminatorias para cualquier otra persona que trabaje en el país).

Se diferencian, sin embargo, en el origen de la migración. Aunque para las ciencias sociales es cada día más difícil hablar de que los trabajadores que se desplazan fuera de sus países de residencia por razones económicas o razones conexas con lo económico son migrantes voluntarios, en principio este tipo de trabajadores gozan de una mayor capacidad de decisión al viajar a otro territorio con respecto a los refugiados o de los asilados políticos que se ven obligados a trasladarse por razones de peligro inminente para su vida o para su libertad. Precisamente la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) prefiere no confundir a los trabajadores migrantes con los refugiados, pues, según su criterio, el confundirlos podría conducir a graves consecuencias que podrían poner en peligro la vida y seguridad de los refugiados. En tal sentido, argumenta ACNUR⁷⁰ que la migración suele implicar un proceso voluntario, por ejemplo, alguien que cruza una frontera en busca de mejores oportunidades económicas.

- Este no es el caso de los refugiados, que no pueden regresar a su lugar de origen en forma segura, y por consiguiente son titulares de protecciones específicas en virtud del derecho internacional.

Desdibujar los términos «refugiados» y «migrantes» resta atención a las protecciones legales específicas que requieren los refugiados, como la protección contra la devolución y la despenalización del cruce de fronteras con el fin de buscar seguridad. [...] un refugiado no deja de ser refugiado ni se convierte en «migrante» porque sale de un país de acogida para viajar a otro. Una persona es refugiada debido a la ausencia de protección de su país de origen.

Conforme con lo anterior, de acuerdo con ACNUR, a diferencia del refugiado, el trabajador migrante puede regresar a su país de origen de manera segura y continúa manteniendo la protección de su gobierno⁷¹.

No es la intención de este trabajo profundizar en el tema de las semejanzas y diferencias entre trabajadores migrantes y refugiados. De hecho, las convenciones internacionales que tutelan a unos y otros son diferentes. Ambas categorías —y esto es lo importante— gozan hoy en día de protección del derecho internacional humanitario y la legislación interna de Costa Rica. Pareciera, no obstante, que la vida real muestra un panorama en el que estas dos figuras tienden a solaparse y hasta a fundirse. Es el caso de muchas personas y familias con la doble condición de migrantes económicos (pues requieren un empleo que les permita garantizar su subsistencia en otro país) y refugiados (dado que se encuentran imposibilitados de regresar a su país de origen, pues en ese otro país no tienen garantizada su subsistencia alimentaria —y, con ella, su vida— o están sujetos a la violencia tanto de gobiernos como de otras fuerzas amenazantes de la sociedad civil, todo dentro de un círculo vicioso que también los convierte en refugiados).

70 ACNUR, «Preguntas frecuentes sobre 'refugiados' y 'migrantes'», 16 de marzo de 2016.

71 Adrian Edwards, «¿'Refugiado' o 'Migrante'? ¿Cuál es el término correcto?», sitio web de ACNUR, 11 de julio de 2016.



2.1.9. Jurisprudencia costarricense

La línea de la jurisprudencia nacional por parte de la Sala Constitucional es clara en la aplicación de la normativa constitucional contenida en el artículo 31, así como en las Convenciones aprobadas por el país en materia de refugiados. Así, en el voto N° 1746 del 31 de marzo de 1995, citado a su vez en el voto N° 12819 del 4 de setiembre de 2007⁷², en el cual se comenta la situación de un grupo de cubanos que iban a ser deportados del país, consideró la Sala Constitucional lo siguiente:

- ▶▶ Ante este panorama, ¿cómo pensar en aplicarles a los amparados la sanción para quienes ingresan al país sin visa? Aquí estamos en presencia de una situación especial, que no puede manejarse con los criterios legales de rutina. No es dable, por otra parte, aceptar como razonable la posibilidad que los propios recurridos indican de que «lo procedente es poner fuera del país, sea en su país de origen o en un tercer país que los admita» a los amparados, ya que eso choca frontalmente con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Política, que dice: «El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podrá enviársele al país donde fuere perseguido...». Pero sea por lo que dispone esta norma, o por lo establecido por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y el Protocolo de ese Estatuto (1967), que además de ser derecho interno, lo es al más alto nivel, conforme lo recoge el artículo 48 de la Constitución Política a raíz de su reforma de 1989, el Estado costarricense está imposibilitado jurídicamente para proceder conforme indican las autoridades recurridas que se está estudiando. Una decisión de este tipo sería contraria a los derechos fundamentales de los amparados y más grave aún es la petición que se formula a esta Sala para que expresamente «se declare procedente la deportación de los tripulantes del Daniels...».

2.1.10. Convenios de la OIT sobre inspección y trabajadores migrantes

Es bueno empezar esta sección señalando que el documento *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*⁷³ contiene una serie de principios y directrices de la organización en materia de migraciones laborales. En él se encuentra un enfoque prácticamente coincidente con el marco jurídico que dan los fallos reseñados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la Directriz núm. 9, *a*) se puede leer lo siguiente:

- ▶▶ Todas las normas internacionales del trabajo son aplicables a los trabajadores migrantes, salvo indicación en contrario. La legislación nacional sobre migraciones laborales y protección de los trabajadores migrantes debería guiarse por las normas internacionales del trabajo que corresponda y otros instrumentos internacionales y regionales pertinentes.

72 Sobre el tema de los derechos de los refugiados pueden consultarse también las sentencias de la Sala Constitucional comprendidas en el voto N° 2087 de las 11:03 horas del 28 de abril de 1995 o en el voto de las 10:57 horas del 4 de setiembre de 1995.

73 OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, 2007.

De manera más concreta, en cuanto a la aplicación de la legislación internacional proteccionista para los trabajadores y las trabajadoras migrantes, la Directriz núm. 9, *b)* anota lo siguiente:

- ▶▶ La protección de los trabajadores migrantes exige una base jurídica sólida asentada en el derecho internacional. Al elaborar la legislación y las políticas nacionales sobre protección de los trabajadores migrantes, los gobiernos deberían guiarse por los principios básicos del Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y sus respectivas Recomendaciones, núms. 86 y 151, en especial los relacionados con la igualdad de trato entre las nacionales y los trabajadores migrantes en situación regular y las normas mínimas de protección para todos los trabajadores migrantes. También deberían tenerse en cuenta los principios enunciados en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990. Si esos Convenios han sido ratificados, deberán aplicarse plenamente.

Conforme ya lo refieren las directrices antes citadas, los convenios y convenciones internacionales específicos sobre trabajo migrante ofrecen tres grandes instrumentos, ninguno de los cuales ha sido ratificado por Costa Rica. El último de ellos es la Convención de las Naciones Unidas del año 90 (Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares). Los Convenios núms. 97 y 143 de la OIT, junto con las Recomendaciones núms. 86 y 151, trataron en solitario y durante mucho tiempo de atender un problema evidente de desprotección potencial y real de los derechos laborales.

El Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) contiene la obligación para todo miembro con dicho convenio en vigor de «mantener un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionarles información exacta, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esa índole» (art. 2). También señala el Convenio la obligación de los Estados de «tomar todas las medidas pertinentes contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir a error» (art. 3). Dado que la finalidad de este Convenio es evidentemente facilitar los movimientos migratorios entre Estados, se contempla la necesidad de que todo Estado Miembro, cuando ello resulte oportuno, dicte disposiciones «con objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes» (art. 4).

En materia de igualdad de trato, el Convenio núm. 97 introduce desde temprana época el principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes al establecer la obligación de un trato no menos favorable para los migrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación por razón de nacionalidad, raza, religión o sexo en materias tales como: remuneración en general, afiliación a organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos; vivienda, seguridad social (disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como cualquier otro riesgo que de acuerdo con la legislación nacional esté comprendido en un régimen de seguridad social), impuestos, derechos y contribuciones del trabajo, y acciones judiciales (art. 6).

Muy relevante, finalmente, es la definición misma de trabajador migrante que establece el artículo 11 del Convenio, al tratarse de una definición conceptual absolutamente vigente y de carácter universal: «trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar



un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante. Conforme la parte segunda de este artículo, el Convenio núm. 97 no resulta aplicable a: **a)** a los trabajadores fronterizos; **b)** a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; **c)** a la gente de mar».

El Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) resulta ser mucho más ambicioso que el anterior, pues se pronuncia de manera radical por el cumplimiento de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, así como por la eliminación de toda forma de discriminación.

Es importante rescatar el hecho de que ya en el preámbulo de este Convenio se recuerda que la definición del término «discriminación» en el Convenio núm. 111 del año 1958 no incluye obligatoriamente distinciones basadas en nacionalidad, por lo que se debe entender que el Convenio núm. 143 complementa el Convenio núm. 111 en ese aspecto.

Sobre el tema fundamental de la igualdad de trato, señala el artículo 10 del Convenio núm. 143:

- ▶▶ **Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y garantizar, por los métodos adoptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentran legalmente en su territorio.**

La parte primera del Convenio constituiría, según la Comisión de Expertos de la OIT, la primera tentativa de la comunidad internacional para abordar los problemas relativos a las migraciones clandestinas y al empleo ilegal de migrantes. Sobre el particular, establece la obligación para todos los Estados Miembros firmantes de tomar las medidas pertinentes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros: **a)** para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes; **b)** contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan emigrado en condiciones ilegales...» (art. 3). En cuanto a los trabajadores en condición irregular, establece el Convenio núm. 143 que en tales casos y cuando la situación no pueda regularizarse, estos —tanto ellos como sus familias— tendrán derecho a disfrutar de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios.

La parte segunda del Convenio núm. 143 regula propiamente las condiciones laborales de los trabajadores migrantes. Esta sección amplía mucho con respecto al convenio anterior el ámbito de igualdad entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes en situación regular (art. 10). Según el artículo 11, el Convenio no resulta aplicable a: **a)** los trabajadores fronterizos; **b)** los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; **c)** la gente de mar; **d)** las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; **e)** las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de

sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones».

Pese a la relativa antigüedad de ambos convenios de la OIT, mantienen su relevancia como marco conceptual de la protección de los trabajadores migrantes, especialmente tratándose del tema de las migraciones clandestinas y en condiciones abusivas. En este sentido, resulta singularmente importante el artículo 1 del Convenio núm. 143, que a la letra indica: «Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes». Esta norma, elevada a la categoría de principio general, forma parte el *jus cogens* a que se refería la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes reseñada, por lo que resulta de acatamiento obligatorio para todos los Estados que forman parte de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado el Convenio. La norma significa, ni más ni menos, que, sin perjuicio del derecho de los Estados de reglamentar las corrientes migratorias, existe una obligación de proteger al trabajador migrante, independientemente de si ha entrado al país de forma ilegal o no y de su estatus migratorio de residencia en el país de llegada. Esa protección mínima implica el reconocimiento a favor de todo trabajador migrante de los derechos fundamentales contenidos en la legislación del país y en los tratados internacionales que ha ratificado el Estado. Finalmente, cabe decir, en beneficio de los esfuerzos que hace la OIT en el ámbito internacional a favor de los trabajadores migrantes, que esta organización siempre ha considerado que la mejor manera de gestionar eficazmente los flujos migratorios es a través de instrumentos bilaterales, al punto de que la Recomendación núm. 86 ofrece un «acuerdo tipo» como modelo de acuerdo bilateral.

El informe de la Comisión de Expertos a la Conferencia Internacional del Trabajo ya citado en esta investigación (2016)⁷⁴ hace un resumen muy notable sobre las contribuciones del Convenio núm. 143 al derecho internacional humanitario. Señala la CEACR que:

▶ 88. [...] El Convenio núm. 143 complementa estas disposiciones a fin de: i) impedir la migración irregular, incluido el empleo ilegal de trabajadores migrantes; ii) garantizar el respeto de los derechos humanos básicos de todos los trabajadores migrantes, incluidos los trabajadores migrantes en situación irregular (parte I) y iii) garantizar la igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores migrantes en situación regular (parte II). A este respecto, la Comisión hace hincapié en que los instrumentos prevén que los Estados Miembros adopten medidas adaptadas a las circunstancias nacionales a fin de poder alcanzar esos objetivos en beneficio de los trabajadores migrantes y también de la sociedad en general.

74 OIT, *Promover una migración equitativa*, 2016. En el informe, la Comisión de Expertos hace un llamado a la importancia de integrar políticas nacionales sobre migración laboral y sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes dentro de una política nacional de empleo dirigida a promover en forma total el trabajo decente, productivo y libremente escogido.



Al no haber sido los Convenios núms. 97 y 143 ratificados aún por el Estado, las normas que contienen no podrían ser invocadas como legislación interna; sin embargo, sí podrían incorporarse al ordenamiento nacional: no solo por vía de la aplicación de los principios generales del derecho internacional humanitario y la vigencia que les otorga la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, sino también por vía de las interpretaciones realizadas por los órganos de control de la propia OIT. Además, como respaldo de varias de las normas y principios que conforman los Convenios núms. 97 y 143, se debe recordar la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —analizada en este trabajo— como de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, la cual se ha pronunciado en varios fallos sobre la prohibición de la esclavitud y de la discriminación racial. Esta jurisprudencia, junto con los Convenios de la OIT sobre el trabajo forzoso (núms. 29 y 105), permite contar con todo un «corpus jurídico» de derecho internacional para incorporar los principales mandatos de los Convenios núms. 97 y 143 a los sistemas de derecho de Costa Rica.

2.1.11. Convenios relativos a la inspección del trabajo

La *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97.^a reunión en el año 2008, identificó cuatro convenios como los estándares más significativos desde el punto de vista de la gobernanza. Esos convenios son: los Convenios núms. 81 y 129 —a los que de seguido se hará referencia—, el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) y el Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

Al designarlos como instrumentos de gobernanza (o «prioritarios»), la OIT asigna a estos Convenios un papel especial en el cumplimiento y observancia de las normas internacionales del trabajo.

Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) ⁷⁵

De seguido se recogerán las normas de mayor interés de este Convenio en relación con el presente trabajo.

⁷⁵ Aprobado por Costa Rica según Ley N° 2561, del 11 de mayo de 1960, publicada en la Gaceta N° 118, del 26 de mayo de 1960.

▶ CONVENIO NÚM. 81

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor el presente Convenio deberá mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales.

Artículo 3

1. El sistema de inspección estará encargado de:
 - a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;
 - b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
 - c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

Artículo 5

La autoridad competente deberá adoptar las medidas pertinentes para fomentar:

- a) la cooperación efectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales y con instituciones, públicas o privadas, que ejerzan actividades similares;
- b) la colaboración de los funcionarios de la inspección con los empleadores y trabajadores o sus organizaciones.

Artículo 15

A reserva de las excepciones que establezca la legislación nacional:

[...]

- c) los inspectores del trabajo deberán considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja que les dé a conocer un defecto o una infracción de las disposiciones legales, y no manifestarán al empleador o a su representante que la visita de inspección se ha efectuado por haberse recibido dicha queja.

Artículo 22

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor el presente Convenio deberá mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos comerciales.

Artículo 23

El sistema de inspección del trabajo en los establecimientos comerciales se aplicará a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

Artículo 27

En el presente Convenio la expresión **disposiciones legales** incluye, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo.

Del Convenio que se reseña, resaltan las tres grandes funciones que se le confieren a las inspecciones del trabajo: la vigilancia en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, incluyendo las disposiciones contenidas en laudos arbitrales y convenios colectivos; la prevención del incumplimiento, mediante



la asesoría a empleadores y trabajadores, y la función coercitiva, como detonadores de los mecanismos que contenga la legislación de cada país para sancionar las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Como se puede ver de la legislación interna de cada país y de los reglamentos sobre inspección del trabajo, el bloque de legalidad que deben aplicar las inspecciones del trabajo incluye naturalmente también los convenios de la OIT ratificados por el país.

Recomendación sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)

Las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos de trabajo (Capítulo III, art. 8).

► Como comentario adicional a los Convenios que se analizan, cabe señalar que la Observación General de 2020 de la Comisión de Expertos de la OIT entra a enjuiciar algunas medidas tomadas en algunos países sobre la Inspección del Trabajo, y que considera que no se avienen con los Convenios núms. 81 y 129. Entre esas prácticas que la CEACR considera inadmisibles, merecen ser citadas las siguientes:

- «moratorias a las inspecciones de trabajo, que la Comisión ha subrayado reiteradamente que constituye una violación grave a los Convenios núm. 81 y núm. 129; [...]
- establecer el requisito de obtener el consentimiento de otros organismos gubernamentales para llevar a cabo inspecciones (contrariamente a lo dispuesto en el artículo 12,1), del Convenio núm. 81 y en el artículo 16, 1), del Convenio núm. 129);
- limitar el alcance legal de las inspecciones a determinados temas o a listas de control preestablecidas e imponer límites estrictos para el tiempo máximo de duración de las inspecciones (lo que plantea problemas de conformidad con respecto al artículo 16 del Convenio núm. 81 y al artículo 21 del Convenio núm. 129, relativos a la inspección de los lugares de trabajo con la frecuencia y el esmero necesarios para garantizar la efectiva aplicación de las disposiciones legales pertinentes».

Fuente: OIT, Convenio sobre la inspección de trabajo, 1947 (núm. 81) y Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129). Observación General, publicación de 2020, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2020, p. 3.

Para este estudio se ha considerado pertinente seleccionar las observaciones anteriores de la Comisión de Expertos a fin de denotar la importancia que le asigna a la independencia con que debe actuar la Inspección del Trabajo en el cumplimiento de sus competencias y funciones.

Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) ⁷⁶

Tal como se desprende de la lectura de este Convenio, su finalidad principal es universalizar las funciones de las Inspecciones del Trabajo a todas las actividades económicas, aun cuando esto se ha logrado en la práctica en muchos países, incluido Costa Rica, mediante leyes laborales.

⁷⁶ Aprobado por Costa Rica, según Ley N° 4737, del 29 de marzo de 1971, publicada en la Gaceta N° 91, del 29 de abril de 1971.

En lo que aquí interesa, señala este Convenio lo siguiente:

▶ **CONVENIO NÚM. 129**

Artículo 2

En el presente Convenio, la expresión disposiciones legales comprende, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y de cuyo cumplimiento se encargan los inspectores del trabajo.

Recomendación sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 133)

Normalmente, las funciones de los inspectores del trabajo en la agricultura no deberían comprender la de actuar como conciliadores o árbitros en los conflictos de trabajo (artículo 3, 1).

2.1.12. Otras normas internacionales aplicables en el marco del derecho internacional

En su informe a la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2016 —ya citado—, la CEACR recomienda la observancia de otra normativa a favor de los derechos de los trabajadores migrantes. Concretamente se cita el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) ⁷⁷, la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204) y —por supuesto— las Convenciones de las Naciones Unidas ya mencionadas sobre el Estatuto de los Refugiados. Del Convenio núm. 181 se destaca su artículo 14, según el cual el control de las disposiciones destinadas a dar efecto al Convenio corre a cargo de los servicios de inspección del trabajo y de otras autoridades públicas ⁷⁸. Por lo que hace a la Recomendación núm. 204, señala la Comisión de Expertos en su informe lo siguiente ⁷⁹:

- ▶▶ 638. En este contexto, y teniendo en cuenta la Recomendación núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, la Comisión considera que los Estados Miembros deberían adoptar medidas amplias para luchar contra la migración irregular, entre otras cosas, prestando especial atención a los trabajadores migrantes, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, que son especialmente vulnerables ante los déficits graves de trabajo decente en la economía informal.

Cabe agregar que en su informe la Comisión de Expertos también atribuye un papel importante en la protección de los derechos de los trabajadores domésticos migrantes ⁸⁰. Al respecto, la CEACR solicita recordar que de este Convenio exige que las trabajadoras y los trabajadores domésticos

⁷⁷ Este Convenio no ha sido ratificado por Costa Rica, aunque sí se encuentra ratificado el convenio anterior a este, del año 1949.

⁷⁸ OIT, *Promover una migración equitativa*, 2016, párr. 211.

⁷⁹ OIT, *Promover una migración equitativa*, 2016, párr. 638.

⁸⁰ El Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) fue ratificado por Costa Rica mediante la Ley N° 9169 del 22 de octubre de 2013.



sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada y, por el artículo 8 se exige a los Estados adoptar las medidas para asegurar la aplicación efectiva del Convenio ⁸¹.

2.2 Marco de derecho nacional

Se comprende que la separación que se hace en este trabajo entre marco de derecho internacional y marco de derecho nacional no es, desde el punto de vista técnico jurídico, una separación rigurosa desde el momento en que el derecho internacional reseñado también forma parte del derecho nacional costarricense, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance de sus fallos, de las resoluciones de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la vigencia en el derecho interno de los instrumentos del derecho internacional humanitario y las obligaciones del país como Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo. En fin, el sistema costarricense de recepción del derecho internacional es monista, y de ello no hay duda. Aun así, se mantiene la separación con fines eminentemente didácticos, advirtiendo que esta separación no puede tener alcances distintos.

Así las cosas, a continuación se plantean los datos normativos más importantes que constituyen el marco jurídico de la normativa nacional en materia de inspección del trabajo y de trabajadores migrantes.

2.2.1. Constitución Política



Artículo 19

Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.

No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.

Artículo 33

Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

Artículo 68

No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores.

En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense.

La Constitución de Costa Rica no establece, según se desprende de forma meridiana de su artículo 19, un principio de igualdad absoluta entre costarricenses y extranjeros, pues contempla la posibilidad de que por vía de «excepciones» y de «limitaciones» se puedan crear diferenciaciones. Ordena de manera clara el texto constitucional, empero, que tanto «excepciones» como

81 OIT, *Promover una migración equitativa*, 2016, párr. 217.

«limitaciones» solo pueden ser dispuestas por la propia Constitución o por ley, por un acto válido y eficaz de la Asamblea Legislativa.

En lo que se refiere a la exégesis de esta norma, ha indicado la Sala Constitucional costarricense ⁸²:

- ▶▶ Las excepciones son aquellas que excluyen del todo a los extranjeros de determinada actividad negándoles para esos efectos la igualdad con respecto a los nacionales, y están contenidas principalmente en la Constitución, aunque nada obsta para que también se hagan vía de ley. [...] Las limitaciones en cambio, reconocen el derecho, pero lo restringen o limitan –como lo dice la palabra–, por motivos de razonabilidad inherentes, ya sea a las diferencias propias entre extranjeros o nacionales, o para proteger a un determinado grupo de nacionales o una actividad determinada, atendiendo a razones de necesidad en un momento histórico concreto, o bien por cumplir con una verdadera función social”.

La misma sentencia del mencionado Tribunal Constitucional señala como ejemplos de casos de exclusión ⁸³:

- ▶▶ ... la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país (artículo 19) y la de ocupar ciertos cargos públicos (ejemplo artículos: 108 para Diputados, 115 para Presidente de la Asamblea Legislativa, 131 para Presidente y Vice-Presidente de la República, 142 para los Ministros, y 159 para los Magistrados.

En otras sentencias donde se ha discutido el tema del acceso a determinados cargos, ha aclarado la Sala Constitucional de Costa Rica los alcances del principio de igualdad constitucional de ciudadanos extranjeros, señalando que, como tesis de partida, este principio se aplica en beneficio de los trabajadores extranjeros, sin distinción de si se trata de una función privada o pública. En efecto, en una importante sentencia, donde se discutió el acceso de los extranjeros a los llamados Colegios Científicos, se recordó otro fallo anterior de la siguiente forma ⁸⁴:

- ▶▶ IV. Esta Sala ha admitido ya que la función notarial es pública, pero no hay fundamento alguno para entender que el ejercicio de funciones públicas es privativo de los costarricenses, y excluye la participación de extranjeros. La ley puede establecerlo así, pero el fundamento para proceder de ese modo debe ser manifiestamente [sic] lógico y razonable: no puede fundamentarse simplemente en que así lo quiere la ley. Es decir, la naturaleza de la función -pública o privada- no constituye sin más, a priori, una razón suficiente para normar un trato jurídico distinto, mucho menos cuando se alcanza a ver, como en el caso de los notarios, que el ejercicio de esa función, eminentemente técnica, todo lo que razonablemente exige es competencia técnica o profesional -lo cual lo prevé el requisito de que el notario ha de ser abogado, condición ésta que no excluye al extranjero- e idoneidad ética o moral -calidad que no solo satisfacen los que ostentan una nacionalidad determinada-...

82 Voto de la Sala Constitucional N° 1059-95 de las 17:15 horas del 22 de febrero de 1995. Puede consultarse la misma doctrina sobre diferencias entre excepciones y limitaciones, de manera especial, en los votos posteriores N° 2570-97 y N° 0616-99.

83 Voto N° 1059-95. En la sentencia N° 5965-94 se pone también el ejemplo del artículo 32 de la Constitución, interpretado a *contrario sensu*, cuando señala que a ningún costarricense se le puede exigir abandonar el territorio nacional.

84 Voto N° 2570-97 de las quince horas treinta y nueve minutos del 13 de mayo de 1997.



Se tiene entonces que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional costarricense, la posibilidad de que una ley introduzca diferencias de trato entre nacionales y extranjeros no iría —como juicio de posibilidad jurídica— en contra del marco constitucional. No obstante, esas diferencias de trato deben tener determinadas características o lo que es lo mismo: cumplir con ciertas condiciones a modo de parámetros de constitucionalidad. A la hora de describir esas razones que justificarían la introducción de elementos diferenciadores en el trato de los extranjeros, la jurisprudencia resulta rigurosa en extremo.

En la sentencia de la Sala Constitucional contenida en el voto N° 12.497 de las 9:05 horas del 2 de setiembre de 2016, se halla una magnífica síntesis de la doctrina que ha venido sentando la Sala Constitucional sobre la exégesis de los artículos 19, 33 y 68 constitucionales, dictada a raíz de disposiciones tomadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en materia de permisos de trabajo para extranjeros.

Inicia el fallo con una explicación y una relación de los artículos 19 y 33 de la Carta Magna, sobre lo cual señala:

- ▶▶ Bajo esta óptica, del derecho a la igualdad que como cláusula general se establece en el artículo 33 de la Constitución (“Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”) ha de entenderse, como regla de principio, que son titulares los nacionales y los extranjeros, y no solo los primeros. Pero si se relacionan ambos artículos constitucionales —sea, el 19 y el 33—, resulta, por una parte, que el dato de la nacionalidad puede ser la situación de hecho a partir de la cual funde la ley una distinción de trato, y, por otra, que la desconstitucionalización de la paridad de trato (entre extranjeros y costarricenses), a base de excepciones y delimitaciones, no es materia sobre la que el legislador ordinario tenga un dominio ilimitado. En síntesis, la ley común está autorizada —por la Constitución— para emplear como supuesto de hecho de una regulación subjetiva diversa el que algunos sean extranjeros y otros no lo sean, a condición, eso sí, de que el trato distinto persiga una finalidad razonable, inspirada en la Constitución o, al menos, conforme con ella, y que la normativa en sí misma se adecue a esa finalidad. Esto mismo podría proponerse diciendo que al exigir y garantizar el artículo 19 trato igual, resulta ese artículo una específica manifestación del derecho de igualdad y del principio de no discriminación que predica, en sentido general, el artículo 33, con lo cual queda dicho también que los requisitos objetivos que —en general— limitan a la ley para distinguir con pretensión de validez y evitar la desigualdad o la discriminación, con apoyo en diversas situaciones de hecho admisibles, disciplinan la obra del legislador ordinario que quiera levantar sobre el hecho de la nacionalidad la diversidad de trato.

En otro momento de su análisis, pero esta vez referido al tema que tanto interesa sobre las condiciones laborales de los extranjeros y su acceso al empleo, la Sala Constitucional realiza una exégesis conjunta del artículo 68 de la Constitución Política y del derecho al trabajo —también de raigambre constitucional—, para concluir aludiendo a la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), documento de constitución de la OIT. Al respecto se indica:

▶ VI. [...] La Constitución crea un elenco de garantías en torno al derecho al trabajo: una, de evidentes repercusiones sociales, es que obliga al Estado a procurar condiciones para que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada; todos, y no solamente los nacionales; específicamente, también los extranjeros que tienen, según el régimen legal correspondiente, una categoría migratoria que les habilita para trabajar en el país. Es decir, la Constitución demanda una política de pleno empleo, que sería ficticia, o no sería tal, si se basa simplemente en la exclusión de los extranjeros de los puestos de trabajo. Otra garantía, muy al caso, es que impide que se discrimine respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros (artículo 68). Ciertamente, autoriza que en igualdad de condiciones se prefiera al trabajador costarricense: pero no va más allá de esta moderada y limitada incidencia en el ámbito del principio de igualdad. Dada esta circunstancia, y visto el contenido complejo del derecho y su significación social e individual, es razonable pensar que la proscripción específica de la discriminación en la materia, en cuanto a «ventajas y condiciones», excede aquellas que engarzan o se producen en ocasión de cada relación laboral concreta, aunque las comprende; también alude la Constitución a las ventajas y condiciones que se ofrecen de previo a la generación de esas relaciones, es decir, en el acceso al trabajo, esto es, al momento en que cada quien pretende ejercer el derecho al trabajo en su dimensión de «derecho a un determinado puesto de trabajo». La existencia de ventajas y condiciones basadas en la nacionalidad, y no en el orden objetivo de los requisitos que miran a la diversidad de capacitación, de aptitud o de idoneidad, es así, a priori, repudiada por la Constitución como una modalidad de discriminación, es decir, como una circunstancia lesiva de la dignidad humana. Y es que el derecho al trabajo se vincula inseparablemente a la dignidad de las personas: el mencionado Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que es coincidente en este sentido con lo que dispone la Constitución, lo dice en su motivación de forma que conviene transcribir:

«Considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades...»

Esto conduce a entender que si la realización del derecho al trabajo por unos, implica negarlo a otros en virtud de su ascendencia nacional, se está en presencia de una medida discriminatoria. En el sentido del Convenio 111, el término «discriminación» comprende «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».

La sentencia es, pues, muy clara —y sigue una línea jurisprudencial que viene de atrás— en el sentido de que el principio de igualdad aplica tanto a condiciones laborales como al acceso en el empleo; y en este último caso, si la nacionalidad es el único criterio en el que se base la distinción, se trata de una discriminación inconstitucional.



La solución al caso concreto que se presentó a estrados judiciales mediante la sentencia que se está reseñando señala la discriminación de la medida original que había tomado el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al crear una distinción inconstitucional en el acceso al trabajo para un ciudadano chino por no tener la condición de centroamericano. A este respecto se indicó:

- ▶▶ Si bien es cierto la acción número 15-011976-0007-CO fue rechazada de plano –acción por la cual se suspendió el trámite del presente amparo- lo cierto es que las autoridades migratorias con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, reconocen que el contenido de la recomendación N°620-2014 del 03 de noviembre del 2014, emitida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social carece de una debida fundamentación, por lo que procedieron anular la resolución que rechazó la solicitud de Categoría Especial, Trabajador de Ocupación Específica bajo el argumento que no se trata de un ciudadano centroamericano, sino chino. Así las cosas se evidenció que las autoridades migratorias brindaron un trato desigual al rechazar la solicitud laboral a favor del amparado por su nacionalidad, ahora bien, tomando en cuenta que la situación planteada por el recurrente fue corregida con ocasión de la notificación del amparo, y su derecho ya fue restablecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se procede a declarar con lugar el recurso únicamente para efectos indemnizatorios.

2.2.2. Código de Trabajo

La reforma procesal laboral que entró en vigor el 25 de julio del año 2017 (Ley N° 9343, de 14 de diciembre de 2015), que reformó el Código de Trabajo, adicionó algunos institutos y procesos, tal como sucede en el caso de la no discriminación en el empleo, para lo cual introdujo un nuevo título octavo, que en lo que aquí interesa señala:

▶ CÓDIGO DE TRABAJO

Artículo 404

Se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, condición de salud, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación.

Artículo 405

Todas las personas trabajadoras que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en cuanto a jornada laboral y remuneración, sin discriminación alguna.

Artículo 406

Se prohíbe el despido de los trabajadores o las trabajadoras por las razones señaladas en el artículo 404.

[...]

Artículo 408

Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por la persona empleadora o que estén establecidos mediante ley o reglamento.

Artículo 409

Toda discriminación de las contempladas en el presente título podrá ser hecha valer por las autoridades o la parte interesada ante los juzgados de trabajo, de la forma dispuesta en este Código. En estos casos, quien alegue la discriminación deberá señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación.

Artículo 410

Los empleadores o las empleadoras a quienes se les compruebe haber cesado a personas trabajadoras, por cualquiera de los motivos de discriminación antes indicados, deberán reinstalarlas en su trabajo, con el pleno goce de sus derechos y las consecuencias previstas para la sentencia de reinstalación.

En cuanto a la Administración Pública y las demás instituciones de derecho público, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por el presente título será anulable a solicitud de la parte interesada, y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de personal carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio a este título.

Todo trabajador que en el ejercicio de sus funciones relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, movimientos de personal o de cualquier otra forma incurra en discriminación en los términos de este título, incurrirá en falta grave para los efectos del artículo 81 de este Código.

Es indudable que todas las normas anteriores tienen un significado muy especial para el caso de los trabajadores migrantes. El artículo 404 no menciona de manera específica la nacionalidad como uno de los posibles criterios de discriminación, como tampoco lo hace expresamente el Convenio núm. 111 de la OIT. No obstante, el artículo utiliza la frase «cualquier otra forma análoga de discriminación», con lo cual se cubrirían eventuales situaciones de discriminación en razón de la



nacionalidad del trabajador. No solo eso, sino que, al ser susceptible de una discriminación laboral, el trabajador migrante —como también la persona que tenga el estatus legal de refugiado o de asilado— tendría el derecho, en caso necesario, de acudir al procedimiento especial de protección de fueros especiales a que se refieren los artículos 540 y siguientes del Código Laboral ⁸⁵. Por lo demás, los artículos 405 y 408 son muy claros en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de condiciones laborales de todos los trabajadores en el empleo y en el acceso al empleo, lo cual coloca en situación de igualdad a trabajadores nacionales y extranjeros, como bien lo viene señalando la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica.

El artículo 409 requiere una interpretación especial, pues al señalar que quien alegue una discriminación deberá señalar el sustento fáctico y los términos de comparación en que sustenta su afirmación, no pretende —como ya lo ha aclarado la jurisprudencia laboral— trasladar a los accionantes o denunciados de una situación de discriminación la carga de la prueba, ni tampoco resulta necesario en todos los casos presentar lo que se denomina el *tertium comparationis* o resultado de una comparación. En realidad, quien alegue la discriminación está obligado únicamente a aportar los elementos que permitan presumir la existencia de una discriminación, correspondiéndole a la parte accionada o denunciada demostrar la inexistencia de la discriminación ⁸⁶. En cuanto a los términos de la comparación, ciertamente hay casos en que es posible hacer una comparación con otra situación de ventaja en favor de quienes no son discriminados, verbigracia, normalmente en los casos de discriminación por sexo. Hay otros casos, sin embargo, en que la comparación no es necesaria, pues resulta evidente el trato que se ha recibido y la lesión directa a un bien jurídico tutelado, como sucede en los casos de persecución sindical en que se violenta el bien jurídico de la libertad sindical. En estos últimos casos, se da por sentado que la comparación resulta innecesaria, pues la tipificación de la infracción no la requiere. Así, en la sentencia N° 271/2018 de las once horas del 18 de abril de 2018, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se lee lo siguiente:

- ▶▶ En estos procesos se deben enunciar -de manera clara y precisa- cuáles son las conductas que se consideran discriminatorias e indicar por qué se catalogan como tales, es decir, especificar el parámetro de comparación que evidencie que estando en igualdad de condiciones se brinda un trato desigual de forma injustificada. No obstante, también pueden darse casos en los que la discriminación surge ante una condición particular de la persona trabajadora, como su estado de salud, creencia religiosa, opinión política, orientación sexual y edad, entre otras razones; situación en la que lo procedente es verificar si efectivamente existe el acto o actuación discriminatoria. El paragón (términos de comparación) que echa de menos el recurrente no resulta necesario en este tipo de casos.

85 El autor costarricense Jorge Olaso Álvarez, en el artículo «El concepto de 'persona trabajadora migrante' como forma de discriminación», al analizar precisamente la condición de la persona migrante frente a la reforma laboral costarricense, y específicamente al comentar el artículo 404 del Código de Trabajo en relación con el artículo 540 del mismo Código Legal y la posibilidad de los extranjeros de acudir al procedimiento de protección de fueros especiales, señala: «Bajo los supuestos que establece el numeral 540 de la reforma laboral, me parece que, la persona trabajadora migrante calza en el supuesto de una forma 'análoga de discriminación', pues salvo que encuadre en alguno de los supuestos concretos de esa norma (estabilidad de empleo en sector público o privado, algún fuero especializado de protección (mujeres en estado de embarazo o lactancia, personas adolescentes trabajadoras, personas sindicalizadas, personas que se ubican en el supuesto del numeral 620 de la reforma laboral, o cualquier fuero especial establecido por ley o por una convención colectiva), la única forma de garantizarle acceso a este proceso sería a través de dicha forma análoga». Olaso Álvarez, Jorge. «El concepto de 'persona trabajadora migrante' como forma de discriminación», *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 15 (2018): 91-99.

86 Entre muchas otras, puede consultarse al respecto la sentencia N° 000413 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 11 horas del 2 de marzo de 2018.

Un caso muy particular que merece ser reseñado aquí es el que resolvió la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto N° 516 del 18 de junio de 2008, el cual permite ver claramente la forma en que ha incorporado el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (a veces confundido con el parámetro del origen nacional) a la jurisprudencia de la jurisdicción laboral, y el tema de la carga de la prueba, tratándose de situaciones de discriminación laboral contra los trabajadores. Dijo la Sala Segunda en esta oportunidad:

► **Voto No 516 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia mediante, del 18 de junio de 2008**

II. DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD: El derecho fundamental a no ser discriminado (a) por razón de ascendencia nacional, entre otros motivos, lo garantiza el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al disponer "...toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de (...) o de cualquier otra índole, origen nacional o social...". Igual protección la encontramos en el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando le impone a los Estados Parte el deber de resguardar los derechos en ella contemplados sin discriminación alguna por motivos de origen nacional, entre otros, y, por otra parte, en forma expresa regula en el artículo 24 el derecho a la igualdad. También nuestra Carta Magna que en el artículo 33 establece el derecho de igualdad y la prohibición de discriminar al disponer: "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". (El destacado se adiciona por quien redacta). El 19 del mismo cuerpo normativo establece la igualdad de derechos para los extranjeros salvo las limitaciones legales. Según ese numeral "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y las limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen". En cuanto al derecho al trabajo, este goza de la misma protección como derecho fundamental. Sobre este tema el artículo 56 de la carta magna reza: "El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía...". Por su parte el numeral 68 establece: "No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros o respecto de algún grupo de trabajadores...". La Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T.) también se ocupó de este tema; fue así como en el Convenio 111 (vigente a partir del 15 de junio de 1960) prohíbe la discriminación en el empleo y la ocupación por considerar que constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Para lograr la efectividad de esa prohibición (al empleador -a-) y derecho (del trabajador -a-), en el artículo 1° define la discriminación como: "Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por efecto anular o altera la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"; y obliga a los Estados a tener una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (artículo 2). Por eso cualquier acto discriminatorio que afecte la relación laboral o al trabajador (a) en el proceso de ingreso, es contrario al orden constitucional, a la normativa internacional (antes citadas y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico) y a la legislación ordinaria (artículo 618 del Código de Trabajo, introducido por Ley N° 8107 de 18 de julio del 2001 que dispone "Prohíbese toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión") y debe ser sancionado con la declaratoria de nulidad, pues no otro efecto puede tener todo acto del empleador (público o privado) violatorio de derechos fundamentales, como es el derecho a no ser discriminado (a) por razón de origen nacional (entre otros), el que debe ser tutelado, entre otros, por los administradores de justicia en los casos concretos sometidos a su conocimiento y resolución.
[...]



IV.- CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DONDE SE ALEGA DESPIDO DISCRIMINATORIO:

Cuando en un proceso laboral se debe dilucidar si estamos o no ante un despido discriminatorio hay que tomar en cuenta la importancia que tiene la distribución de la carga de la prueba, para procurarle al trabajador (a) tutela efectiva frente a actuaciones del empleador que constituyan discriminación. Para ello debe garantizarse, mediante el sistema de inversión de la carga de la prueba, que el empleador no pueda justificar cualquier despido discriminatorio bajo el argumento de que está bajo la cobertura formal del ejercicio de los derechos y facultades para organizar las prestaciones de trabajo y sancionar su incumplimiento. Esa inversión de la carga de la prueba en los procesos donde se alega un despido discriminatorio (desplazamiento del onus probandi) obedece también a la acentuada dificultad que encuentra el juzgador (a) a la hora de descubrir una lesión por discriminación, que por lo general está encubierta tras una apariencia de legalidad de la decisión patronal. Es por eso que en esta especial materia se tiene que echar mano, en muchos casos, a la prueba indiciaria, que tiene como finalidad evitar que la dificultad para descubrir los verdaderos motivos del acto patronal impida declarar que éste es lesivo al derecho a la no discriminación. No debe olvidarse que el sistema de prueba indiciaria, en este específico campo, implica una doble obligación. Por parte del trabajador (a) está la exigencia de aportar un indicio razonable de que el acto patronal lesiona su derecho fundamental, por eso debe aportar pruebas que pongan de manifiesto el motivo oculto del acto; se trata de un indicio que permita deducir la posibilidad de que la discriminación se ha producido y no de una mera alegación de la vulneración del derecho a la no discriminación. Cumplido ese presupuesto (demostración por parte del trabajador (a) del indicio de discriminación), recae sobre la parte demandada la carga de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios, probando que su actuación tiene causas reales (no inventadas) y absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales, además de ser suficientes para adoptar la decisión que se acusa de discriminatoria. Se trata entonces, en este campo (de la prueba indiciaria en materia de discriminación) de una auténtica carga probatoria a cargo del empleador, por lo que no basta la mera negación de la vulneración de derechos fundamentales. Por eso el empleador debe llevar a la convicción del juzgador (a) que las causas alegadas han sido las únicas que han motivado la decisión contra el trabajador (a), de manera que ésta se produjo sin el propósito de vulnerar derechos fundamentales. Para lograr ese objetivo, el empleador debe acreditar que las causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión del de un derecho fundamental del trabajador (a). De esta forma, la ausencia de prueba en ese sentido determina, que los indicios aportados por el trabajador (a) y alegados en forma concreta y precisa, permiten declarar que se produjo la discriminación acusada.

En otro orden de cosas, y continuando con el análisis de las normas del Código de Trabajo, no se podría dejar de mencionar el texto del artículo 14, el cual establece el llamado principio de territorialidad laboral.

▶ **CÓDIGO DE TRABAJO**

Artículo 14

Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en lo futuro se establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni nacionalidades...

El principio de territorialidad laboral aparece en casi todas las legislaciones modernas, y es una manifestación clara de la soberanía del Estado para subordinar todas las relaciones laborales que se den en su territorio a la ley nacional laboral. En el caso del artículo 14 del código laboral costarricense, cobra una especial relevancia la mención específica al tema de las nacionalidades, pues resulta obvio que el legislador quiso dejar claro que la legislación laboral es territorial y no depende de la nacionalidad de las personas.

2.2.3. Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley N° 1860)

La Ley N° 1860, de 20 de abril de 1955, y sus reformas también contienen varias normas referidas a la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, sus competencias y obligaciones.

LEY

Artículo 88
La Inspección General de Trabajo, por medio de su cuerpo de Inspectores, velará porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social.

Actuará en coordinación con las demás dependencias del Ministerio, y deberá efectuar los estudios, rendir los informes, hacer ejecutar las disposiciones y las demás actividades relacionadas con su función, que le soliciten aquéllas.

En lo referente a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y a sus Reglamentos, prestará la colaboración y el auxilio que le soliciten los Inspectores de la Caja. De igual manera procederá tratándose de otras instituciones del Estado, dentro del ejercicio de sus funciones.

Artículo 91
Además de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 88, la Inspección actuará por acción propia o por denuncia de los trabajadores o de cualquiera otra persona, debiendo prestar también su colaboración a las autoridades judiciales de trabajo.

Artículo 93
Realizará también la Inspección una labor preventiva, instruyendo a patronos y trabajadores en cuanto a sus derechos y obligaciones e interviniendo en las dificultades y conflictos de trabajo que se susciten entre aquellos o interiormente entre los mismos grupos, siempre que el caso no sea de conocimiento de la Oficina de Asuntos Gremiales.

La normativa anterior, parte de la Ley Orgánica del MTSS, guarda armonía con las disposiciones de los Convenios núms. 81 y 129 de la OIT, y aunque no hacen expresa referencia al trabajo migrante, ni al caso del trabajo de refugiados ni asilados, sí menciona la legislación del país, dentro de la cual se debe contemplar todo el marco de derecho internacional y nacional que aquí se ha reseñado.

2.2.4. Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (Directriz DMT-017-2013, modificada mediante Directriz DMT-014-2014)

Del *Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo*, interesa destacar en este documento dos secciones. En primer lugar, la que se refiere al marco normativo de la inspección, donde se encuentran los Convenios núms. 81 y 129, así como algunas recomendaciones de la OIT,



tal como normativa de carácter institucional aplicable a la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo. Ese marco legal se ve enriquecido, de manera particular, con las fuentes internacionales y nacionales que se han citado en esta investigación.

MANUAL DE PROCEDIMIENTOS LEGALES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

1.2. Marco legal general.

Los instrumentos legales que han delimitado históricamente la responsabilidad institucional de la actual Dirección Nacional de Inspección de Trabajo (DNI) son:

- **Convenio núm. 81 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Sobre la Inspección del Trabajo”**, adoptado en la XXX Conferencia, en 1947 y ratificado por Costa Rica en 1960, relativo a la industria y al comercio. Según este convenio todo miembro de la organización que le tenga en vigencia, debe mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos de estas actividades y los inspectores que laboren para este sistema, deben velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores.
- **Convenio núm. 129 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Sobre la Inspección del Trabajo en la Agricultura”**, adoptado en la LIII Conferencia, en 1969 y ratificado por Costa Rica en 1972, relativo a la agricultura. Según este Convenio todo miembro de la organización que le tenga en vigencia debe mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura.
- **Convenio núm. 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas**, entró [sic] en vigencia en Costa Rica en 1985. Establece que los Estados deben contar con una política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad. Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las personas con discapacidad y a promover oportunidades de empleo para ellas en el mercado regular del empleo.
- **Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**, N° 1860 del 21 de abril de 1955, reformada por las Leyes N° 3095 de febrero de 1963, N° 4076 de 6 de febrero de 1968 y N° 4179 de 22 de agosto de 1968. Según esta Ley, la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo es un órgano técnico del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuyo propósito es “...asegurar, súper vigilar y fiscalizar el cumplimiento de la legislación del trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión; asimismo, asesora y ayuda a los empleadores y trabajadores para mejor observancia de la ley”. El Capítulo Quinto se refiere a la Inspección de Trabajo. Además, el artículo 4° le da fundamento a la desconcentración aplicada en este Manual.
- **Ley General de la Administración Pública**, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978, especialmente los artículos del 83 al 90 relativos a la desconcentración, los cambios de competencia en general y la delegación.
- **Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos**, Ley N° 8220 del 4 del [sic] marzo de 2002 tiene como propósito simplificar los trámites y requisitos establecidos por la Administración Pública frente a los ciudadanos, y garantizar el derecho de petición y respuesta, así como el libre acceso a los departamento [sic] públicos.
- **Reglamento de Reorganización y Regionalización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**, Decreto Ejecutivo N° 1508-TBS del 16 de febrero de 1971, especialmente el Título IX de la Descentralización y la Desconcentración en el MTSS, artículos del 74 al 81.

- **Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo**, Decreto N° 28578, publicado en el Alcance N° 28 a La Gaceta N° 76 del 18 de abril del 2000, que define tanto las funciones, competencias y atribuciones como la estructura organizativa de la Inspección de Trabajo.
- **Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo núm. 20, 81 y 82 sobre la Inspección de Trabajo**, que señalan recomendaciones relativas al objeto, funciones, poderes, organización y tipos de inspección, así como a materia de salud ocupacional y el tripartismo.

En segundo lugar, ha de destacarse la parte del artículo 2, 2), relativo a las formalidades de la denuncia o solicitud de información. Como novedad importante con respecto a directrices anteriores, se encuentra una disposición sobre el hallazgo de trabajo migrante y la obligación del inspector de realizar un informe específico sobre esas situaciones. Aun así, no queda claro si el único fin de esta información que se recolecta es transmitirla a las autoridades migratorias, pues si ese fuera el único motivo, existiría un importante déficit normativo en cuanto a la obligación que tiene la Inspección del Trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión de Expertos de la OIT, que considera a estos trabajadores como personas especialmente vulnerables a los efectos de brindarles la ayuda que requieran.

▶ **MANUAL DE PROCEDIMIENTOS LEGALES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO**

2.2. Formalidades de la denuncia o solicitud de intervención

[...]

- g) Requerimiento de información al interponer una denuncia o solicitud:
- Datos personales del gestionante: La persona que presenta una denuncia o gestión debe brindar la siguiente información:
 - nombre y apellidos.
 - número de cédula u otro documento de identificación.
 - edad.
 - teléfono fijo o móvil.
 - provincia, cantón y dirección exacta del domicilio.
 - correo electrónico.
 - medio para recibir notificaciones.
 - Si la solicitud es para una visita inspectiva, debe indicar si se encuentra laborando o no para la empresa.
 - La condición de migrante indocumentado no impedirá que la persona trabajadora reciba la atención y servicios de la Inspección de Trabajo. A los efectos del caso planteado, podrá utilizarse como referencia el número de caso asignado en el SILAC. El funcionario que atienda la gestión, además de realizar el procedimiento descrito en esta sección, deberá elaborar un informe con los datos personales de la persona migrante indocumentada que presentó la denuncia o solicitud, el cual trasladará ante la jefatura para su trámite ante las autoridades migratorias.



2.2.5. Circulares de la Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo del año 2019

La relación de la normativa jurídica sobre trabajadores migrantes no podría dejar de mencionar las circulares de la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo sobre el procedimiento calificado de actuaciones sobre trabajadores migrantes.

En primer lugar, se hará referencia a la Circular DNI-CIR-5-2019, de 22 de mayo de 2019. El objetivo del Procedimiento, según la propia Circular, es que: «... se identifiquen todas aquellas condiciones de incumplimiento en materia laboral, que sirva a nuestro país para establecer estrategias en cuanto a la mano de obra migrante versus la mano de obra nacional, concretando así una respuesta integral y líneas orientadoras para afrontar los flujos migratorios mixtos que estamos experimentando actualmente».

► Dos secciones de la Circular revisten especial interés para este estudio: en primer lugar, la que refiere a la información que debe detectar y recoger el inspector y, en segundo lugar, el procedimiento en casos de gravedad o urgencia. Circular DNI-CIR-5-2019 (22 de mayo de 2019)

1. Durante el ciclo inspectivo

En todos aquellos casos que se efectúe el ciclo inspectivo (ya sea que inicie de oficio o por denuncia), la persona inspectora que detecte en el centro de trabajo personas trabajadoras migrantes; durante las entrevistas a las personas trabajadoras, deberá recopilar la siguiente información:

- 1.1. Cantidad de trabajadores migrantes entrevistados en el centro de trabajo visitado.
- 1.2. Cantidad de personas trabajadoras migrantes laborando en ese centro de trabajo, según sexo.
- 1.3. Edad de los trabajadores migrantes entrevistados y especificar si se localizan trabajadores menores de edad migrantes (indicar sexo).
- 1.4. Tipo de contrato de trabajo que ostentan (sea escrito o verbal) los trabajadores migrantes e identificar si existe diferencia en el contrato de los trabajadores nacionales.
- 1.5. En caso de que en el centro de trabajo laboren personas migrantes y nacionales [sic], identificar si existen diferencia [sic] en las condiciones de trabajo (contrato realidad) entre ambos, que resulten en perjuicio de las personas trabajadoras migrantes.
- 1.6. Identificar la portación o no de documento de identidad y en caso de portarlo indicar su vigencia, además de la existencia o no de permiso de trabajo y condiciones del mismo, de las personas trabajadoras migrantes. Ver anexos, mismo que es de uso confidencial y para las labores propias de nuestras funciones.
- 1.7. Sector y actividad en que se desempeñan las personas trabajadoras migrantes.
- 1.8. Verificar si existe alguna situación de discriminación por género (mujeres, adolescentes y niñas migrantes) entre personas migrantes y nacionales.
- 1.9. Identificar situaciones irregulares de sometimiento a actos de prostitución o de explotación y servidumbre sexual o laboral, esclavitud o prácticas análogas a las esclavitud, trabajos o servicios forzados y de conformidad con la obligación prevista en el artículo 281 del Código Procesal Penal y el título IX artículos 178 y siguientes de la Ley General de Migración y Extranjería.

La persona inspectora de trabajo deberá levantar la respectiva Acta de Inspección y Prevención en donde se especifiquen todas y cada una de las infracciones localizadas, además de realizar la notificación correspondiente de acuerdo con el Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo.

Finalizada la visita de revisión del ciclo correspondiente, se deberá emitir un informe que contenga toda la información supra citada, dentro del plazo de diez días hábiles y dirigido a la Jefatura Regional competente.

2. Condiciones de gravedad o urgencia

En aquellos casos en donde se detectan en el centro de trabajo condiciones contrarias a la dignidad humana (incluidas las previstas en el punto 1.9 del apartado 1 de este documento), las cuales se escapan de nuestras competencias y de acuerdo a la gravedad o urgencia del caso en concreto, la persona inspectora de trabajo deberá remitir un informe de manera inmediata con la jefatura regional, y este a su vez lo remitirá a esta Dirección, para que se coordine con las autoridades superiores ministeriales, al Departamento de Migraciones Laborales de la Dirección Nacional de Empleo, a la Dirección de Migración y Extranjería y cualquier otra dependencia competente en el tema.

El artículo 4 de la Circular se refiere a la posibilidad de solicitar asistencia a la Fuerza Pública y el artículo 6 obliga a la Jefatura Regional a emitir un informe cada seis meses dirigido al Departamento de Migraciones Laborales, con copia al Departamento de Investigación y Calidad de la Gestión (de la misma Dirección), con el reporte detallado de las visitas inspectivas realizadas, con especial atención a los casos de discriminación de género, los casos localizados en condiciones de gravedad y urgencia, así como la información sobre las medidas tomadas.

Por su parte, la Circular DNI-CIR-7-2019, de la misma Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, esta vez de fecha 28 de mayo de 2019, modifica el apartado tres de la Circular anterior, la cual se refiere a la obligación de las jefaturas regionales de realizar al menos ocho visitas en conjunto con alguna o algunas de las siguientes instituciones: Caja Costarricense de Seguro Social, Dirección General de Migración y Extranjería (DGME), Ministerio de Salud, Dirección de Migraciones de la Dirección Nacional de Empleo del MTSS y cualquier otra de interés en la materia. De las inspecciones ordenadas en este apartado, al menos cuatro deberán realizarse en conjunto con la CCSS y con la DGME. La nueva circular ya no se refiere a un número específico de visitas, sino que hace referencia a «todas aquellas visitas en conjunto que se requieran» con alguna o varias de las instituciones mencionadas en la Circular de 22 de mayo. Finalmente se agrega que «de acuerdo de recomendaciones de Política de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales de ELSA-OCDE, específicamente en el tema de migrantes, se deben realizar visitas conjuntas con la CCSS y DGM, esto para dar cumplimiento».

De conformidad con el oficio DNI-OIPU-IL-75-2020 de 7 de diciembre de 2020 ⁸⁷, remitido por el inspector Víctor Manuel Aguilar Arias y dirigido al director nacional e inspector general de trabajo a.i., Walter Villalobos Fernández, se informa:

- ▶▶ Se han realizado gran cantidad de operativos inspectivos interinstitucionales, en las seis regiones del país; con la participación de instituciones como la Caja Costarricense de Seguro Social, la Dirección General de Migración y Extranjería, el Ministerio de Salud, autoridades municipales según el cantón donde se trabaje, la Fuerza Pública, y el Organismo de Investigación Judicial, para brindar apoyo y seguridad a los funcionarios participantes. Y dentro de estas estrategias

87 DNI-OIPU-IL-75-2020, 3. Copia facilitada por el Lic. Víctor Manuel Aguilar Arias.



de atención interinstitucional se enmarcan los «megaoperativos», que se han realizado principalmente en el Valle Central, y en las principales ciudades cabeceras de provincia.

En el mismo documento se informa que los operativos referidos se vienen haciendo de manera regular en una cantidad mínima de cuatro o cinco al año en cada región. Agrega el informe en cuestión ⁸⁸:

- ▶▶ ... es importante mencionar que este tipo de intervenciones no busca la expulsión del trabajador migrantes [sic] del país, sino más bien tutelar sus derechos laborales, asesorarlos, orientarlos, brindarles los beneficios de la seguridad social, garantizar el pago de salarios mínimos y orientarlos para regularizar el estatus migratorio.

Además, en el informe se señala que, por medio de los operativos mencionados, se ha podido aumentar la cobertura (cantidad de trabajadores migrantes tutelados) en los últimos cuatro años, para lo cual se aporta un cuadro de población migrante reportada en los casos inspeccionados, según región, entre 2016 y 2019.

Cuadro 3. Personas trabajadoras migrantes tuteladas en inspecciones del trabajo según oficina regional del MTSS, 2016-2019

Oficina regional de la DNI	2016	2017	2018	2019	Total
Reg. Central	29	196	225	1 522	1 972
Reg. Chorotega	414	3	417	1 414	2 248
Reg. Pacífico	21	24	45	181	271
Reg. Brunca	7	1	8	505	521
Reg. Huetar Caribe	83	10	93	1 127	1 313
Reg. Huetar Norte	282	265	547	628	1 722
TOTAL	836	499	1 335	5 377	8 047

Fuente: Directriz DNI-OIPU-IL-75-2020 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, del 7 de diciembre de 2020.

La información anterior no deja lugar a dudas del impacto de las circulares del año 2019 y de la preocupación de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo: todos sus funcionarios —desde los jefarcas hasta cada inspector o inspectora, pasando por los funcionarios de apoyo administrativo— han tenido un efecto favorable no solo en la detección del trabajo migrante en el país, sino también en la prestación de un servicio de apoyo legal y asesoría a un grupo vulnerable de trabajadores. Además, los mismos funcionarios del MTSS a los que se entrevistó para esta investigación mencionaron las siguientes falencias en la labor inspectiva que abarca a trabajadores migrantes:

- la cantidad y frecuencia de los operativos conjuntos con otras instituciones dependen mucho de cada región y de la relación que mantenga la jefatura regional con las autoridades de las otras dependencias;

88 DNI-OIPU-IL-75-2020, 4.

- no hay ferias informativas para divulgar entre los empleadores los procedimientos que deben seguir para regularizar la situación migratoria de sus empleados;
- si bien las circulares son un avance importante, no existe propiamente un protocolo que indique qué debe hacerse frente a los casos detectados de trabajadores migrantes, sobre todo en situación migratoria irregular;
- para la Inspección del Trabajo todavía el trabajo migrante no ha sido un eje fundamental sobre el que gire algún programa específico, tal como sí ha sucedido en el pasado, por ejemplo, con protección de fueros especiales, y más específicamente mujeres embarazadas;
- no todos los inspectores manejan el sistema de registro de la información recogida en las inspecciones, de modo que incluso el número de migrantes detectados podría ser mayor;
- no existe suficiente coordinación entre la Inspección del Trabajo y el Departamento de Migraciones Labores, al punto de que no se informa a la Inspección, por ejemplo, de cuántos permisos se autorizan por mes ni las actividades para las que se dan las autorizaciones;
- la Inspección no da seguimiento a los casos de trabajadores migrantes en situación irregular que detecta por su parte la policía migratoria ⁸⁹;
- no se está integrando entre los datos por recolectar el documento de identidad, tipo de contrato, total de migrantes encontrados en la visita (no es lo mismo que contabilizar cuántos trabajadores migrantes se entrevistaron), pues puede haber más migrantes de los que se logró entrevistar, y
- no existe actualmente una política ministerial que permita decidir qué destino y qué objeto van a tener los datos que se recogen en las visitas inspectivas sobre trabajadores migrantes, según lo que indica la Circular de 22 de mayo de 2019. ¿La recopilación de estos datos se hace solamente una finalidad estadística o tiene otras funciones? De ser así, ¿cuáles serían esas otras funciones institucionales? ⁹⁰.

2.2.6. Normativa sobre trata de personas y delincuencia internacional

El tratamiento de los fenómenos migratorios en el mundo actual no puede prescindir de las causas que se originan directamente en el crimen organizado a escala internacional, y específicamente en la trata de personas. Una Inspección del Trabajo moderna tiene que estar al tanto de los convenios internacionales y de la legislación interna que regula estas materias, fundamentalmente sobre la trata de personas o el tráfico de migrantes con fines de explotación laboral.

La Organización Internacional del Trabajo ya había tenido bajo su atención el tema del trabajo forzoso u obligatorio: precisamente en el Convenio sobre trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), posteriormente retomado en el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), ambos ratificados por Costa Rica. Precisamente en el artículo 2, 1) del Convenio núm. 29 se define el trabajo forzoso u obligatorio como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente».

89 La Dirección Nacional de Inspección del Trabajo ha hecho notar para este estudio que la Inspección del Trabajo, en la mayoría de los casos, informa a la Dirección General de Migración y Extranjería acerca de los centros de trabajo donde se detectó migrantes trabajadores en condición irregular, aunque a la inversa, esta última Dirección no informa a la Inspección del Trabajo sobre trabajadores migrantes detectados por ellos, lo cual dificulta el seguimiento de los casos por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

90 La información anterior fue recogida mediante la entrevista realizada a Jhonatan Monge, encargado del Departamento de Migraciones Laborales del MTSS, y al inspector Víctor Aguilar, el 23 de febrero de 2021, y al mismo inspector Víctor Aguilar y al Eric Briones, jefe del Departamento Legal de la Inspección del Trabajo, el 15 de marzo de 2021.



Más adelante, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Entre ellos se incluye «la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio»⁹¹.

En fecha más reciente, mediante la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Esta Convención cuenta con un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Anexo II) y cuenta también con un Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Anexo III). Costa Rica aprobó dicha Convención, mediante Ley N° 8302, de 29 de agosto de 2002⁹². Del primer protocolo indicado, interesa destacar para los efectos de este trabajo los siguientes artículos:

PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS

Artículo 2. Finalidad

Los fines del presente Protocolo son:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;
- b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Artículo 3. Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años.

91 En la 86.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, del 18 de junio de 1998.

92 Ley publicada en la Gaceta N° 123, del 27 de junio de 2003.

Del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes nos interesa destacar los siguientes artículos:

▶ PROTOCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE

Artículo 2. Finalidad

El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

Artículo 3. Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por «tráfico ilícito de migrantes» se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;
- b) Por «entrada ilegal» se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el estado receptor;
- c) Por «documento de identidad o de viaje falso» se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:
 - i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o
 - ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o
 - iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;
- d) Por «buque» se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

Por su parte, el artículo 4 del Protocolo delimita su objeto, estableciéndolo alrededor de la prevención, investigación y penalización de los delitos que determina la legislación interna de cada Estado, cuando estos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de grupos delictivos organizados, así como la protección de las víctimas de esos delitos.

El artículo 5 del Protocolo señala que cada Estado adoptará las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del Protocolo. Es importante anotar que, según este mismo artículo 5, los migrantes no estarán sujetos a un enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto de las conductas que contempla el Protocolo.

Finalmente, en lo que resulta de interés aquí, el artículo 6 del Protocolo establece que cada Estado adoptará las medidas legislativas o de otra índole para tipificar como delito las conductas que describe la norma. El artículo contempla distintos delitos posibles por el tráfico y tratamiento de los migrantes. Su texto es el siguiente:



PROCOLO CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES POR TIERRA, MAR Y AIRE

Artículo 6

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:
 - a) El tráfico ilícito de migrantes;
 - b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
 - i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 - ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;
 - c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en ese Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado *b)* del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:
 - a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
 - b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo; y
 - c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.
3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:
 - a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o
 - b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

2.2.7. Ley contra la trata de personas y creación de la coalición nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas (CONATT) (Ley N° 9095)

Costa Rica ha legislado siguiendo las pautas fijadas por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, penalizando varios delitos relacionados con la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. De seguido se presentan varios de los artículos considerados más relevantes desde el punto de vista del conocimiento que sobre ellos

debe tener la inspección del trabajo, sobre todo por lo que hace a la parte conceptual de la Ley N° 9095, de 26 de octubre de 2012 ⁹³.

LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS Y CREACIÓN DE LA COALICIÓN NACIONAL CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y LA TRATA DE PERSONAS (LEY N° 9095)

Artículo 2. Principios generales

Para la aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los siguientes principios:

- a) **Principio de igualdad y no discriminación:** independientemente del proceso judicial o administrativo que se lleve a cabo para la investigación del delito de trata de personas, las disposiciones contenidas en esta ley deberán aplicarse de manera tal que se garantice el respeto de los derechos humanos de las personas víctimas de este delito, sin discriminación alguna por motivos de etnia, condición de discapacidad, sexo, género, edad, idioma, religión, orientación sexual, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen, nacionalidad, posición económica o cualquier otra condición social o migratoria.
- b) **Principio de protección:** se considera primordial la protección de la vida, la integridad física y sexual, la libertad y la seguridad de las personas víctimas del delito de la trata de personas, los testigos del delito y las personas dependientes de la víctima, que se encuentren bajo amenaza, sin que sea requisito para otorgar la protección la colaboración de la víctima con la investigación o la presentación de la denuncia. Cuando la víctima sea una persona menor de edad debe tomarse en cuenta el interés superior de esta, así como todos sus derechos fundamentales dispuestos en la normativa vigente.
La presente ley contempla un enfoque integral y diferenciado según las necesidades de cada víctima y sus dependientes, así como las competencias de cada institución involucrada.
- c) **Principio de proporcionalidad y necesidad:** las medidas de asistencia y protección deben aplicarse de acuerdo con el caso en particular, y las necesidades especiales de las personas víctimas y de los dependientes de esta previa valoración técnica.
- d) **Principio de confidencialidad:** toda la información y actividad administrativa o jurisdiccional relacionada con el ámbito de protección de las víctimas del delito de la trata de personas, sus dependientes y testigos del delito serán de carácter confidencial, por lo que su utilización deberá estar reservada exclusivamente para los fines de la investigación o del proceso respectivo. Esta obligación se extiende a todas las instancias judiciales y administrativas, tanto públicas como privadas, así como a todos los medios de comunicación colectiva y redes sociales.
- e) **Principio de no revictimización:** en los procesos que regula esta ley debe evitarse toda acción u omisión que lesione el estado físico, mental o psíquico de la víctima, incluyendo la exposición ante los medios de comunicación colectiva y las redes sociales.
- f) **Principio de participación y de información:** la información se emitirá de forma clara, precisa y en idioma comprensible. Las opiniones y las necesidades específicas de las víctimas deben ser consideradas cuando se tomen decisiones que las afecten. En el caso de las personas menores de edad, el derecho de expresión debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, atendiendo siempre a su interés superior.

93 Ley publicada en la Gaceta N° 28 del 8 de febrero de 2013.



- g) Interés superior de la persona menor de edad:** en estricto apego a lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Código de la Niñez y la Adolescencia, en toda acción pública o privada que involucre a una persona menor de edad debe prevalecer su interés superior, el cual le garantiza respeto a sus derechos con la atención y protección adecuadas. La determinación del interés superior está dada a partir de la condición de sujeto activo de los derechos y las responsabilidades que tiene la persona menor de edad, su edad, el grado de madurez, la capacidad de discernimiento y las demás condiciones personales, las condiciones socioeconómicas donde se desenvuelve y la correspondencia entre el interés individual y el social. Le corresponde al Patronato Nacional de la Infancia asumir la atención, protección y asistencia de la persona menor de edad, de acuerdo con su mandato constitucional.
- h) Principio de dignidad humana:** la persona víctima tiene derecho a un trato justo e igualitario con el debido respeto a su dignidad humana, especialmente en lo relativo a su autonomía personal e integridad física, sexual, emocional, moral y psicológica.

[...]

Artículo 4.- Fuentes de interpretación

Constituyen fuentes de interpretación de esta ley todos los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos vigentes en el país o cualquiera que se ratifique en esta materia, los cuales, en la medida en que otorguen mayores derechos y garantías a las personas, privan sobre la Constitución Política. En particular, serán fuentes de interpretación de esta ley:

- a) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo 2000). Ley N.º 8302, de 12 de setiembre de 2002, publicada en La Gaceta N.º 123, de 27 de junio de 2003.
- b) El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ley N.º 8315, de 26 de setiembre de 2002, publicada en La Gaceta N.º 212, de 4 de noviembre de 2002.
- c) El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Ley N.º 4229, de 11 de diciembre de 1968, publicada el 17 de diciembre de 1968.
- d) La Convención Internacional contra la Esclavitud y la Convención Suplementaria contra la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.
- e) El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley N.º 4229, de 11 de diciembre de 1968, publicada el 17 de diciembre de 1968.
- f) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Ley N.º 3844, de 16 de diciembre de 1966, publicada en La Gaceta, de 7 de enero de 1967.
- g) La Convención y el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ley N.º 8089, de 6 de marzo de 2001, publicada en La Gaceta del 1 de agosto de 2001.
- h) La Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Ley N.º 8172, de 7 de diciembre de 2001, publicada el 11 de febrero de 2002.
- i) El Protocolo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ley N.º 6079, de 29 de agosto de 1977, publicada el 5 de octubre de 1977.
- j) El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Ley N.º 8459, de 12 de octubre de 2005, publicada el 25 de noviembre de 2005.
- k) El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ley N.º 8083, de 7 de febrero de 2001, publicada el 20 de marzo de 2001.
- l) La Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- m) La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. Ley N.º 4534, de 23 de febrero de 1970, publicada el 14 de marzo de 1970.
- n) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Belem do Pará". Ley N.º 7499, de 2 de mayo de 1994, publicada el 28 de junio de 1995.

- ñ) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Ley N.º 7948, de 22 de noviembre de 1999, publicada el 8 de diciembre de 1999.
- o) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ley N.º 8661, de 19 de agosto de 2008, publicada el 29 de setiembre de 2008.
- p) La Convención Interamericana contra el Tráfico Internacional de Menores. Ley N.º 8071, de 14 de febrero de 2001, publicada el 21 de mayo de 2001.
- q) La Convención Interamericana sobre Restitución de Menores. Ley N.º 8032, de 19 de octubre de 2000, publicada el 10 de noviembre de 2000.

Artículo 5.- Concepto de trata de personas (*)

Por trata de personas se entenderá la acción en la que mediante el uso de las tecnologías o cualquier otro medio, recurriendo a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder, a una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, promueva, facilite, favorezca o ejecute la captación, el traslado, el transporte, el alojamiento, el ocultamiento, la retención, la entrega o la recepción de una o más personas dentro o fuera del país, para someterlas a trabajos o servicios forzados y otras formas de explotación laboral, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, matrimonio servil o forzado, adopción irregular, mendicidad forzada, embarazo forzado y aborto forzado, y la ejecución de cualquier forma de explotación sexual.

Tratándose de personas menores de edad, la captación, el traslado, el transporte, el alojamiento, el ocultamiento, la retención, la entrega o la recepción se considerará trata de personas, incluso cuando no se recurra a ninguna de las circunstancias descritas en el primer párrafo de este artículo.

También se entenderá por trata de personas la promoción, la facilitación, el favorecimiento o la ejecución de la captación, el traslado, el transporte, el alojamiento, el ocultamiento, la retención, la entrega o la recepción de una o más personas dentro o fuera del país, para la extracción ilícita o el trasplante ilícito de órganos, tejidos, células o fluidos humanos.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley N° 9726, de 14 de agosto de 2019. ALC# 267 a La Gaceta No 228, de 29 de noviembre de 2019.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley N° 9545, del 24 de abril del 2018. LG# 91, del 24 de mayo del 2018.

Artículo 6.- Concepto de actividades conexas (*)

Para los efectos de la presente ley son actividades conexas de la trata de personas: la explotación sexual y laboral en todas sus formas, todas las modalidades de criminalidad organizada, la legitimación de capitales y la corrupción, la falsificación de documentos públicos y auténticos, la falsedad ideológica, la falsificación de documentos privados, la supresión, la ocultación y la destrucción de documentos, la venta o distribución de documentos públicos o privados, la falsedad ideológica en los certificados médicos, así como otras actividades delictivas que se deriven o relacionen directamente con la trata de personas.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley N° 9545 del 24 de abril del 2018. LG# 91 del 24 de mayo del 2018.

Artículo 7.- Definiciones

Para los efectos de la presente ley se definen los términos siguientes:

- a) Adopción irregular: la que se produce sin mediar los presupuestos establecidos en la Ley N.º 5476, Código de Familia, de 21 de diciembre de 1973, y sus reformas.
- b) Arrendante: quien por una contraprestación permite el uso y aprovechamiento de un bien de su propiedad o que tiene a cargo.



- c) Arrendatario: quien paga por el uso y aprovechamiento de un bien o propiedad de otra persona o personas.
- d) Combate integral: acciones orientadas a intervenir, prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, así como las medidas tomadas para atender y proteger a sus víctimas y dependientes.
- e) Dependientes: personas que dependen directamente de la víctima de trata de personas y se encuentran bajo riesgo inminente relacionado con este delito, sin importar si son mayores o menores de edad. Esta dependencia se determinará previa valoración técnica del Equipo de Respuesta Inmediata.
- f) Desarraigo: toda acción orientada a separar a una persona del lugar o medio donde ha vivido, donde ha tenido su círculo familiar y/o los vínculos afectivos y culturales.
- g) Desplazamiento interno: traslado permanente o temporal de una o más personas de su lugar habitual de residencia y/o de la actividad económica hacia otro diferente dentro de los límites del territorio nacional, sin que medie una relación específica de distancia.
- h) Engaño: crear hechos total o parcialmente falsos para hacer creer a una persona algo que no es cierto.
- i) Embarazo forzado: toda acción orientada a promover, facilitar o realizar el embarazo de una mujer, mayor o menor de edad, con la finalidad de obtener un beneficio económico o de otro tipo con la venta del producto del embarazo, así como de cualquiera de sus órganos, tejidos, fluidos y demás componentes anatómicos.
- j) Esclavitud: situación y condición social en la que se encuentra una persona que carece de libertad y derechos por estar sometida de manera absoluta a la voluntad y el dominio de otra.
- k) **Explotación: obtención de un beneficio económico o de otro tipo para el explotador o para terceros, mediante la participación o el sometimiento de una o más personas por fuerza o engaño a cualquier tipo de acto o estado que lesione o anule sus derechos humanos fundamentales tutelados en los instrumentos nacionales e internacionales sobre la materia.**
- l) Extracción ilícita de órganos: sustracción de uno o más órganos humanos sin aplicar los procedimientos médicos y jurídicos legalmente establecidos.
- m) Matrimonio forzado o servil: toda práctica en virtud de la cual una persona, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, madres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas. El matrimonio forzado o servil también se produce cuando una persona contrae matrimonio y es sometida a explotación.
- n) Medidas de atención primaria: acciones inmediatas que se dirigen a brindar atención y protección a una persona víctima del delito de trata y se refieren específicamente a la asistencia que se le debe brindar en necesidades básicas, alojamiento seguro, atención integral de salud, asesoría legal y medidas de protección física.
- ñ) Medidas de atención secundaria: acciones a corto, mediano y largo plazo dirigidas a facilitar el proceso de atención, protección de la persona víctima del delito de trata y sus dependientes previa valoración técnica, lo que incluye, cuando corresponda, la repatriación voluntaria a su país de origen o residencia, o su reasentamiento en un tercer país. En caso de que la persona víctima decida quedarse en nuestro país, estas medidas incluyen asistencia económica, acceso al trabajo y la educación formal y vocacional, definición del estatus migratorio y dotación de la documentación, asistencia médica y psicológica prolongada, cuando se requiera; lo anterior, en procura de la adecuada reintegración social. Estas medidas serán determinadas por el personal especializado de los organismos a cargo de la acreditación y atención de víctimas del delito, que se definirán tanto en la presente ley como en su reglamento.
- o) Mendicidad forzada: persona que es obligada por otra a pedir dinero para beneficio del tratante o de terceros. El consentimiento para llevar a cabo la mendicidad no es válido en caso de personas menores de edad, adultas mayores o con discapacidad, o bajo cualquier otra situación de vulnerabilidad.
- p) Poseedor: quien sin ostentar la condición de propietario de un bien lo tiene a su cargo o en posesión.

- q) Plataforma de servicios: programas y servicios que ofrece el Estado mediante las instituciones que lo conforman.
- r) Prácticas análogas a la esclavitud: incluye la servidumbre por deudas, la servidumbre laboral (de la gleba), los matrimonios forzados o serviles y la entrega de personas menores de edad, para su explotación sexual o laboral.
- s) Prevención: es la aplicación de todas aquellas acciones de preparación, delimitación, planificación y ejecución encaminadas a anticipar, disminuir e impedir el fenómeno de la trata de personas, en sus diferentes modalidades.
- t) Prostitución forzada: situación en la cual la persona víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos que involucran su cuerpo, para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello.
- u) Reintegración: proceso ordenado, planificado y consensuado con la persona víctima de trata, que tiene como objetivo facilitar su recuperación integral y retorno a la vida en sociedad con pleno disfrute de sus derechos humanos.
- v) Restitución de derechos: comprende el disfrute de los derechos humanos de la persona víctima sobreviviente de la trata, en especial la vida en familia, el regreso al lugar de residencia, cuando sea seguro, y la reintegración al trabajo, incluida la posibilidad de formación continua, el apoyo psicológico y la devolución de los bienes que le fueran sustraídos como resultado de la acción de las tratantes o los tratantes.
- w) **Servidumbre: estado de dependencia o sometimiento de la voluntad en el que la persona victimaria induce, explota u obliga a la persona víctima de este delito a realizar actos, trabajos o a prestar servicios con el uso del engaño, amenazas y otras formas de violencia;**
- x) **Situación de vulnerabilidad: cualquier circunstancia en la cual el individuo no tiene otra alternativa que someterse a la situación.**
- y) **Trabajo o servicio forzado: es el exigido a una persona bajo la amenaza de un daño o el deber de pago de una deuda espuria o por engaño.**
- z) Transportista: es una persona física o jurídica que promueve, facilita o ejecuta el traslado de bienes y personas por la vía terrestre, aérea, fluvial o marítima, y que para efectos de esta ley ese traslado se utiliza para la comisión del ilícito de trata de personas o sus actividades conexas.
- aa) Víctima de la trata de personas: persona que haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, a consecuencia del delito de trata de personas y actividades conexas, sea nacional o extranjera.

[...]

Artículo 71.- Deber de denunciar

Las funcionarias y los funcionarios públicos estarán obligados a denunciar, ante los órganos policiales especializados o ante el Ministerio Público, cualquier situación que constituya sospecha razonable de actividad de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes. Poseen igual obligación los miembros y representantes de las instituciones y organizaciones que conforman la Coalición Nacional.

Artículo 80.- Adición del artículo 189 bis al Código Penal

Se adiciona el artículo 189 bis al título V, sección I del Código Penal. El texto dirá:

“Artículo 189 bis.- Explotación laboral

Será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años, quien induzca, mantenga o someta a una persona a la realización de trabajos o servicios en grave detrimento de sus derechos humanos fundamentales, medie o no consentimiento de la víctima. La pena será de seis a doce años de prisión, si la víctima es persona menor de dieciocho años de edad o se encuentra en situación de vulnerabilidad.”



Artículo 84.- Reforma del artículo 249 de la Ley N.º 8764

Se reforma el artículo 249 de la Ley N.º 8764, Ley General de Migración y Extranjería. El texto dirá:

“Artículo 249.-

Se impondrá pena de prisión de cuatro a ocho años, a quien conduzca o transporte a personas, para su ingreso al país o su egreso de él, por lugares habilitados o no habilitados por las autoridades migratorias competentes, evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos legales, o bien, falsos o alterados, o que no porten documentación alguna.

La misma pena se impondrá a quien, de cualquier forma, promueva, prometa o facilite la obtención de tales documentos falsos o alterados, y a quien, con la finalidad de promover el tráfico ilícito de migrantes, aloje, oculte o encubra a personas extranjeras que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país.

La pena será de seis a diez años de prisión cuando:

- 1) La persona migrante sea menor de edad, adulto mayor y/o persona con discapacidad.
- 2) Se ponga en peligro la vida o salud del migrante, por las condiciones en que ejecuta el hecho, o se le cause grave sufrimiento físico o mental.
- 3) El autor o partícipe sea funcionario público.
- 4) El hecho sea realizado por un grupo organizado de dos o más personas.
- 5) Cuando la persona sufra grave daño en la salud.”

De la normativa anterior, se destaca en primer lugar el marco de fuentes jurídicas contemplado en el artículo 4 de la Ley, el cual puede servir también, perfectamente, como marco jurídico para la aplicación de la normativa nacional para la protección de trabajadores migrantes, trabajadores refugiados y trabajadores en condición de asilados.

El artículo 7, *k*), referido a definiciones y, por tanto, a la parte conceptual de la ley, introduce el concepto de explotación laboral para los fines de esta ley, concepto que es útil también para conocer de todos los casos en que la contratación laboral de una persona extranjera transgrede igualmente los límites de la ley laboral y de la moral (artículo 19 del Código de Trabajo). El concepto alude a la obtención de beneficios tanto económicos como de otro tipo, por lo que deja la puerta abierta a formas de explotación que no necesariamente generen un provecho económico para el infractor. Refiere el concepto a los medios por los cuales se puede tipificar este ilícito: la fuerza, el engaño o cualquier otra forma de acto o estado que lesione los derechos fundamentales de la víctima. Finalmente, al determinar cuáles serían esos derechos fundamentales, se refiere a aquellos contemplados en instrumentos nacionales o internacionales sobre la materia, que son aquellos ya descritos en el numeral 4 de la misma Ley, así como en cualquier otro instrumento de derecho humanitario nacional o internacional que se refiera a la protección de personas vulnerables.

También resultan de interés en este artículo 7 las definiciones de servidumbre, situación de vulnerabilidad o de trabajo o servicio forzado, las cuales pueden orientar el operador jurídico no solo en el campo del derecho penal, sino también del derecho laboral.

Conforme con el inciso **ñ)** del mismo artículo 7, si la víctima desea mantenerse en el país, la Ley le brinda una serie de derechos, de cuyo cumplimiento —se considera en este estudio— son responsables tanto las autoridades de migración como del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El artículo 71 cobra especial relevancia, pues establece un deber legal de las autoridades públicas (lo cual involucra directamente a los inspectores del trabajo en su labor inspectiva) de denunciar ante el Ministerio Público cualquier situación que constituya sospecha razonable de encontrarse frente a un caso de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes.

Asimismo, se ha reproducido el artículo 189 bis para los efectos de tomar en cuenta que, conforme a la ley nacional, la explotación laboral es un delito sancionado con pena de cárcel. Podrá verse que el tipo penal allí introducido tiene como base la definición de explotación laboral previamente definida en la ley y también definida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Debe recordarse finalmente que, si bien la Convención indicada contiene una serie de definiciones de carácter legal, en el caso específico de la descripción de los tipos penales que acarrear un delito en Costa Rica, es la ley nacional la que prevalece, pues así lo estableció la propia Convención.

2.2.8. Normativas sectoriales

En los últimos años se han dictado varios decretos que atienden a necesidades de grupos particulares de trabajadores migrantes o que refieren a acuerdos binacionales para la llegada de trabajadores migrantes. En esta sección se pasa solamente revista a los más relevantes que forman parte del marco jurídico nacional con que cuenta la inspección del trabajo en Costa Rica.

Por su importancia histórica, habría que mencionar el acuerdo binacional sobre trabajadores temporales suscrito en 2007 con Nicaragua: el Procedimiento de gestión migratoria para trabajadores temporales Costa Rica-Nicaragua. Según la información recibida para este estudio, el Procedimiento no es operativo actualmente, por lo que los empleadores costarricenses y contratistas realizan directamente el enganche de trabajadores temporales provenientes de Nicaragua sin la intervención de ningún órgano público nicaragüense.

Debe mencionarse aquí también el Decreto Ejecutivo N° 42766-MGP-S-MAG, de 18 de diciembre de 2020, publicado en el Alcance N° 339 de la Gaceta N° 300, del 24 de diciembre de 2020, mediante el cual se aprueba el Procedimiento de ingreso, documentación y permanencia legal de las personas extranjeras bajo la categoría especial de personas trabajadoras temporales para laborar en el sector agrícola en el marco del estado de Emergencia Nacional por COVID-19. En el mismo sentido pueden revisarse el Decreto N° 42690, del 30 de octubre de 2020, y su reciente reforma mediante Decreto N° 42917 MGP-S, de 5 de abril de 2021, publicado en el Alcance N° 69 de la Gaceta N° 66, del 7 de abril de 2021.

Igualmente pueden mencionarse aquí el Decreto N° 37112-G, de 21 de marzo de 2012, Reglamento de Extranjería, publicado en el Alcance N° 64 de la Gaceta N° 95, del 17 de mayo de 2012, reformado por el Decreto Ejecutivo N° 42814-MGP, de 14 de enero de 2021, publicado en el Alcance N° 12 de la Gaceta N° 12, del 19 de enero de 2021, para incluir un Título V en el citado Reglamento, que se



refiere al tratamiento de poblaciones indígenas extranjeras, lo cual incluye de personas indígenas transfronterizas.

Finalmente, cabe hacer referencia a la Directriz N° 010 MIDEPLAN-MTSS-MSP-MGP-MRREE, de 12 de junio de 2018: Directriz para todo el Sector Público «Sobre la Atención del Fenómeno Migratorio en el país». La Directriz, de acuerdo con su artículo 1: «procura establecer lineamientos para la debida coordinación y colaboración interinstitucional que permita atender, de manera integral, los flujos migratorios que ingresen o permanezcan en nuestro país en situaciones especiales o excepcionales, tales como tránsito, condición irregular, refugio, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas». Llama la atención que entre las instituciones mencionadas en esta Directriz no aparece el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Aunque todos los decretos y la directriz mencionados en esta sección se refieren fundamentalmente a temas de control migratorio y no propiamente a temas laborales, ha parecido conveniente mencionarlos pues pareciera necesario que sean de conocimiento de las autoridades de la Inspección del Trabajo de Costa Rica por sus ramificaciones en materia laboral.



PARTE 3

Pautas en torno a las funciones y competencias de las Inspecciones del Trabajo que deben ser tomadas en cuenta a la hora de cumplir el marco normativo internacional y nacional



De acuerdo con el bloque de constitucionalidad, la normativa infraconstitucional que se cita en este trabajo, así como el conjunto de principios y directrices no vinculantes contenido en el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, dentro del universo sociológico que resume el apartado primero de este trabajo, resulta necesario recordar y, en algunos casos, replantear algunas de las principales competencias y funciones de las Inspecciones del Trabajo a que alude la presente investigación. Cabe mencionar que en este capítulo y a lo largo del trabajo, se utiliza el concepto de «competencia» en el sentido que lo hace el derecho público cuando se refiere a una autoridad, como «el conjunto de poderes y deberes atribuidos e impuestos a un agente para permitirle llevar a cabo su misión»⁹⁴. Esta definición de «competencia» permite recordar que los funcionarios públicos, como es el caso de los inspectores del trabajo, tienen lo que la doctrina del derecho administrativo denomina poderes-deberes, en el sentido de que sus facultades también los obligan a su uso y cumplimiento.

Las pautas que de seguido se exponen se plantean de manera general, pretendiendo con ello lograr una medida común para lo que se consideran poderes y deberes de las inspecciones del trabajo en cualquier país donde rija el marco normativo internacional al que se hizo referencia páginas atrás. Algunas de estas pautas derivan directamente de normas legales del derecho internacional y nacional, de los principios y directrices de la OIT o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En otros casos, se trata de procedimientos de conveniencia institucional, cuyo origen se encuentra, a fin de cuentas, en los principios de igualdad y no discriminación que provienen del derecho internacional de los derechos humanos y de las constituciones políticas de los países.

1. Es obligación de las Inspecciones del Trabajo aplicar el derecho sobre trabajadores migrantes que se encuentra contenido en el bloque de constitucionalidad, el cual comprende tanto los textos y principios constitucionales como las normas de derecho internacional (convenciones, convenios o tratados) y las interpretaciones que han hecho los tribunales internacionales.
2. Los instrumentos de derecho internacional más importantes, que consecuentemente deben aplicar las Inspecciones del Trabajo para regular la condición de los trabajadores migrantes en los países receptores a que refiere este trabajo son los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Convenios núms. 100 y 111 de la OIT, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), las Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, del año 1951, y su Protocolo, del año 1967, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Aparte de lo anterior y aunque no ha sido ratificada por Costa Rica, pero sí ha sido citada por la Sala Constitucional de Costa Rica y la Comisión de Expertos de la OIT en su jurisprudencia, debe contemplarse dentro de este marco la Convención internacional sobre la

94 Ver Asociación Henri Capitant, *Vocabulario jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 1995), publicado bajo la dirección de Gérard Cornu.

protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.

3. A la hora de aplicar los instrumentos internacionales antes referidos a la condición de los trabajadores migrantes, como Estados sujeto a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica debe tomar en cuenta los siguientes lineamientos que se desprenden de la jurisprudencia de dicho Tribunal:
 - a) El deber de respetar y garantizar el principio de igualdad es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado.
 - b) Los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su situación migratoria regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.
 - c) Los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben velar por que se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. Esto implica una responsabilidad de todo Estado respecto a dichos sujetos. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas (doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, recogido en la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de setiembre de 2003).
 - d) El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, por lo que la comunidad internacional no admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.
 - e) Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinados grupos de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.
 - f) El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica, entre otras cosas, que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.
 - g) Las garantías mínimas del debido proceso legal se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal y de cualquier otro carácter. No solo en el ámbito penal. Los derechos laborales del trabajador subsisten, pese a las medidas que tomen en su contra las autoridades migratorias.

Aunque la Corte Interamericana no lo indique expresamente en sus fallos —pero así se desprende de su doctrina—, lo anterior exige que en los procesos de expulsión, deportación, repatriación o privación de libertad de trabajadores migrantes debe garantizárseles la



posibilidad de accionar administrativa o judicialmente para exigir y lograr del empleador el cumplimiento de las obligaciones legales para con ellos ⁹⁵.

- h) El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
- i) Los Estados y los particulares en un Estado no están obligados a brindar trabajo a los migrantes en situación migratoria irregular. Sin embargo, si tales personas son contratadas para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.
- j) Los derechos laborales son los que el sistema jurídico nacional e internacional reconoce a los trabajadores. Ello implica que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a escala nacional (en las constituciones políticas, en la legislación laboral, en los convenios colectivos, en los convenios-ley) o internacional (en cualquier tratado internacional de que sea parte).

En relación con este último mandato, debe tomarse en cuenta que Costa Rica suscribió un Tratado de Libre Comercio que los liga con el resto de Centroamérica, Panamá y República Dominicana y con los Estados Unidos de América, en cuyo capítulo XVI, asumieron compromisos como el de reafirmar sus obligaciones y compromisos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), comprometiéndose además a que los derechos laborales internacionalmente reconocidos en el artículo 16, 8) del Tratado sean igualmente reconocidos por su legislación. Estos derechos son: el derecho de asociación; el derecho de organizarse y negociar colectivamente; la prohibición de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; la edad mínima para el empleo, y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacionales.

- k) Los trabajadores migrantes constituyen para el derecho internacional un grupo vulnerable, por lo que los Estados nacionales están obligados a brindarles un tratamiento especial.
- l) El derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en el artículo 22, 7) de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana, leído en conjunto con otras disposiciones de la Convención y a la luz de los tratados especiales, impone al Estado determinados deberes específicos: i) obligación de no devolver (*non-refoulement*) y su aplicación extraterritorial, ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera, iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención, iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado, v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado, vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes, vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado, y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado, viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y

95 Al respecto indica el párrafo 126 de la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003 lo siguiente: «Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos laborales derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten».

- ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.
4. El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100), relativo al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, supera el concepto tradicional de las legislaciones laborales en cuanto a que debe tratarse de trabajos de idénticas condiciones de eficiencia, de modo que es un concepto más amplio, que permite comparar el valor contenido en el trabajo de los dos sexos. Este concepto de «igual valor, igual salario» ya ha sido asumido por la Constitución de República Dominicana.
 5. El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) define el concepto de discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación». Este concepto resulta aplicable a la condición de los trabajadores migrantes, en situación migratoria regular o irregular, no solo porque como trabajadores pueden también ser objeto de alguna de las formas de discriminación indicadas, sino también porque el artículo 1, b) del Convenio se refiere a «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación...». Esta interpretación amplia del Convenio núm. 111 ya ha sido practicada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, fundamentalmente en casos de discriminación por motivos de enfermedad ⁹⁶.
 6. De acuerdo con los principios y directrices contenidos en el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, la OIT ha señalado las siguientes directrices en materia de trabajo migrante:
 - a) los gobiernos deben «garantizar que los programas de trabajo temporal se correspondan con las necesidades establecidas del mercado de trabajo, que estos programas respeten el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales, y que los trabajadores incluidos en los programas temporales gocen de todos los derechos» concedidos por la normativa internacional de derechos humanos (directriz 5.5);
 - b) «los gobiernos deberían garantizar que la legislación y la práctica nacionales de promoción y protección de los derechos humanos se apliquen a todos los trabajadores migrantes y que sean respetadas por todas las partes interesadas» (directriz 8.1);

⁹⁶ Al respecto, ha señalado la Sala Constitucional de Costa Rica: «En sentencia número 2005- 13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005, este Tribunal resolvió -en lo que interesa- que: **VI. [...]** Como se indicó, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera causas y el respeto a la dignidad humana son elementos esenciales de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya salvaguardia le corresponde no solo al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad. En tal sentido, toda clase de discriminación, sin importar que provenga de la Administración o de un particular, resulta violatoria del orden constitucional. En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental».



- c) «se debería proporcionar información a los trabajadores migrantes sobre sus derechos humanos así como sus obligaciones, y ayudarles a defender sus derechos» (directriz 8.2);
- d) «los gobiernos deberían establecer mecanismos de aplicación eficaces para la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y proporcionar formación sobre derechos humanos a todos los funcionarios gubernamentales que se ocupan de las migraciones» (directriz 8.3);
- e) «se deberán adoptar, aplicar y hacer cumplir leyes y políticas destinadas a:

8.4.1. garantizar a los trabajadores y a las trabajadoras migrantes el derecho de libertad sindical, [...] y en caso de afiliarse a sindicatos, el derecho de [...] ocupar cargos en esas organizaciones, protegerles contra la discriminación basada en sus actividades sindicales, [...] y garantizar la observancia de esos derechos por parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores...;

8.4.2. proteger a los trabajadores migrantes de las condiciones de trabajo forzoso, incluidas la servidumbre por deudas y la trata, en especial a los trabajadores migrantes en situación irregular o a otros grupos de trabajadores migrantes, particularmente vulnerables a esas condiciones;

8.4.3. garantizar el respeto a la edad mínima de admisión al empleo, de conformidad con el Convenio núm. 138, y prohibir de manera efectiva las peores formas de trabajo infantil, incluida la trata y el trabajo forzoso de los niños migrantes y de los hijos de los trabajadores migrantes, con arreglo al Convenio núm. 182, y

8.4.4. eliminar todas las formas de discriminación contra los trabajadores migrantes en materia de empleo y ocupación».

- f) «adoptar medidas para garantizar que los trabajadores migrantes en situación regular en el país reciban el mismo trato que los nacionales en materia de oportunidades de empleo y de formación tras un período razonable de empleo, y que, en caso de pérdida de sus puestos de trabajo, se les conceda un plazo suficiente para encontrar otro, de conformidad con el Convenio núm. 143 y su Recomendación núm. 151 (directriz 9.4);
- g) «adoptar medidas para garantizar que los trabajadores migrantes, que dejan el país de empleo tengan derecho a percibir cualquier remuneración o prestación pendientes que se les pudiera deber en relación con el empleo y, según proceda, que se les conceda un plazo razonable de permanencia en el país para reclamar los salarios impagos» (directriz 9.5);
- h) «garantizar que las restricciones de los derechos de los trabajadores migrantes temporales no son contrarias a las normas internacionales pertinentes» (directriz 9.7);
- i) «adoptar medidas para garantizar que la legislación laboral y social nacional se aplique a todos los trabajadores y las trabajadoras migrantes, incluidos los ocupados en el servicio doméstico y otros grupos vulnerables, en especial en lo que respecta al empleo, la protección de la maternidad, los salarios, la seguridad y salud en el trabajo y otras condiciones de trabajo, de conformidad con los instrumentos pertinentes de la OIT» (directriz 9.8);

- j)* «adoptar medidas para garantizar que todos los trabajadores migrantes perciban su salario de forma directa y con regularidad, que puedan disponer libremente de él y que se les pague en su totalidad al término del empleo, de conformidad con los instrumentos pertinentes de la OIT, con arreglo a la legislación y la práctica nacionales» (directriz 9.11);
 - k)* «adoptar medidas para garantizar en la legislación y en la práctica que todos los trabajadores migrantes reciban el mismo trato que los trabajadores nacionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, con inclusión de medidas para abordar los riesgos específicos que existen en determinados sectores y ocupaciones, en especial la agricultura, la construcción, la minería, la hotelería y restauración y el servicio doméstico y tratar los riesgos específicos a los que se enfrentan las mujeres, y cuando proceda promover oportunidades en el lugar de trabajo» (directriz 9.12);
 - l)* «extender la inspección del trabajo a todos los lugares de trabajo donde se emplee a trabajadores migrantes, a fin de controlar eficazmente sus condiciones laborales y supervisar el cumplimiento de los contratos de empleo» (directriz 10.1);
 - m)* «asegurar que las inspecciones del trabajo o las autoridades competentes que correspondan dispongan de los recursos necesarios y que los inspectores del trabajo reciban formación adecuada para tratar los derechos de los trabajadores migrantes y las diferentes necesidades de los trabajadores y las trabajadoras migrantes» (directriz 10.2);
 - n)* «proporcionar a todos los trabajadores migrantes recursos efectivos contra la violación de sus derechos y establecer canales eficaces y accesibles para todos los trabajadores migrantes para presentar denuncias y exigir reparación sin sufrir discriminación, intimidación ni represalias» (directriz 10.5);
 - o)* «proporcionar servicios de interpretación y traducción para los trabajadores migrantes y en los procedimientos administrativos y judiciales, si fuera necesario» (directriz 10.10);
 - p)* «intensificar las medidas encaminadas a detectar e identificar prácticas abusivas contra los trabajadores migrantes, incluidos el acoso o la violencia físicos o sexuales, la restricción de la libertad de movimiento, la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso, las retenciones indebidas o el pago insuficiente o con retraso de los salarios y otras prestaciones, la retención del pasaporte o los documentos de identidad o de viaje y la amenaza de denuncia a las autoridades, en especial en los sectores que se encuentran fuera de los canales habituales de reglamentación y protección, como el servicio doméstico» (directriz 11.2), y
 - q)* «adoptar medidas para garantizar que los servicios de reclutamiento y colocación no recluten, contraten o empleen a trabajadores en puestos de trabajo que entrañen peligros o riesgos inaceptables o un trato abusivo o discriminatorio de cualquier tipo, e informar a los trabajadores migrantes, en un idioma que entiendan, acerca de la naturaleza del puesto de trabajo ofrecido y de los términos y condiciones de empleo» (directriz 13.4).
7. De acuerdo con los Códigos de Trabajo, la legislación laboral es de carácter territorial, lo cual implica que sus normas se aplican por igual a todas las personas que presten sus servicios en



el territorio de dichos Estados. Así se desprende del artículo 14 del Código de Trabajo de Costa Rica, el cual posee la siguiente dicción: «Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en lo futuro se establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni nacionalidades».

8. La interpretación que ha hecho la Sala Constitucional sobre derecho de igualdad, libertad de trabajo y el artículo 68 constitucional permite inferir que un criterio de distinción entre extranjeros y costarricenses fundamentado únicamente en la nacionalidad resultaría discriminatorio.
9. Los Convenios núms. 81 y 129 de la OIT —ambos, ratificados por Costa Rica— confieren a las Inspecciones del Trabajo tres grandes competencias, a saber:
 - a) una labor de vigilancia que se concreta en la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión,
 - b) una función preventiva y asesora, que el Convenio describe como obligación de facilitar información técnica, así como de asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales, y
 - c) una función represiva o sancionadora, que puede normalmente recaer en los Tribunales de Justicia, pero mediante denuncia que presentarán las autoridades administrativas.
10. Los funcionarios encargados de realizar las inspecciones deben prestar especial atención a temas tan importantes como las barreras lingüísticas y las labores de comunicación ⁹⁷.
11. Es importante tener presente la diferencia entre la inspección del trabajo y su aplicación en condiciones normales, y la inspección de la migración y su aplicación. La labor esencial de la inspección del trabajo con respecto a las personas trabajadoras migrantes es hacer llegar a ellas el manto protector de la legislación laboral. No corresponde a las autoridades de trabajo realizar labores de policía administrativa. Sobre este tema, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha señalado que «**el deber principal de los inspectores de trabajo es proteger a los trabajadores, no aplicar la legislación sobre inmigración**» ⁹⁸. Como bien se indica en el documento *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos*, «los trabajadores migrantes en situación irregular suelen evitar las inspecciones de trabajo por miedo a que se les descubra y a una posible deportación. Evidentemente éste es uno de los principales motivos por los que se enfrentan a abusos y explotación por parte de los empleadores» ⁹⁹.
12. En el caso de Costa Rica, que ha suscrito convenios para la contratación de trabajadores migrantes en condición de trabajadores temporales, es necesaria una labor de vigilancia y fiscalización profunda y meticulosa por parte de las Inspecciones del Trabajo de cada país a fin de que tales

⁹⁷ OIT, *Migración laboral internacional: un enfoque basado en los derechos*, 2012.

⁹⁸ OIT, *Migración laboral internacional*, 2012, p. 223.

⁹⁹ OIT, *Migración laboral internacional*, 2012, p. 223.

convenios se cumplan. En este sentido, deben vigilar el cumplimiento de los convenios tanto el país de nacionalidad de los migrantes como el país de acogida.

13. Las autoridades de la Inspección del Trabajo deben garantizar las reglas del debido proceso para los trabajadores migrantes en cuanto al acceso a la justicia administrativa y judicial. Deben crearse mecanismos administrativos que garanticen que la expulsión o deportación de un trabajador migrante no implique de manera automática la pérdida de sus derechos laborales.
14. Dadas las limitaciones que normalmente tienen las Direcciones de Inspección del Trabajo y los Ministerios de Trabajo en general, es entendible y recomendable que se opte por una focalización de la labor inspectiva en ciertas áreas de la actividad económica y cierto tipo de trabajadores en particular. Siendo ello así, no solo resulta relevante focalizar la labor de inspección en aquellos lugares geográficos y áreas económicas en que existe mayor concentración de trabajadores migrantes, sino también en aquellas donde se mezcla la condición de trabajador migrante con la de mujer, dado el proceso que se viene señalando de feminización de las migraciones.
15. En Costa Rica la explotación laboral (sometimiento de una o más personas con fines económicos o de otro tipo, utilizando la fuerza, el engaño o mediante la lesión de derechos fundamentales) constituye un delito, lo mismo que el tráfico ilícito de migrantes.



PARTE **4**

Recomendaciones
específicas

A partir de las entrevistas específicas realizadas para este estudio en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de la lectura de los instrumentos que utiliza la Inspección del Trabajo de Costa Rica actualmente para detectar y registrar el trabajo migrante, resultaría oportuno realizar algunas recomendaciones más específicas sobre el funcionamiento de la Inspección del Trabajo. Con el mejor espíritu de cooperación, este estudio se permite hacer las siguientes recomendaciones:

1. Definir una política de seguimiento a los registros existentes de trabajadores migrantes detectados en las visitas de inspección, de modo que la información que se recabe pueda ser utilizada para definir políticas nacionales no solo para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sino para el Estado costarricense en general.
2. La información recabada debería incluir a todos los migrantes y no solo a los que se entrevista, y recoger además datos como documentos de identidad mostrados y tipo de contrato laboral (si existe contrato o, de lo contrario, indicar que no lo hay). Además, debe ponerse especial énfasis en los datos sobre el sexo de los migrantes y relacionarlo con la ocupación y condiciones laborales a fin de determinar tendencias en la migración laboral y descubrir si existe una discriminación mayor de la población femenina que trabaja en el país. Es necesario, asimismo, incluir entre los datos por recabar la ubicación de personas refugiadas o en condición de asiladas.
3. Dado el aumento de la cantidad de refugiados y visto además que las estadísticas sociales no muestran mejora de la discriminación de los trabajadores migrantes con respecto a los nacionales, resulta necesario convertir la detección y la atención de los trabajadores migrantes como uno de los ejes temáticos de la labor inspectiva, aunque sea temporalmente, es decir, por un espacio determinado de tiempo, aunque no menor de un año.
4. Establecer una mejor coordinación entre otros Departamentos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) —como el Departamento de Migraciones Laborales y la Inspección del Trabajo— a fin de que la Inspección del Trabajo pueda interrelacionar la información que maneja con las resoluciones y la actividad en general que realizan otras dependencias de ese Ministerio. Para estos efectos, se pueden utilizar protocolos ya existentes en el MTSS para la coordinación entre dependencias. Lo recomendable sería establecer un Protocolo de intercambio de información entre las Direcciones de Empleo y de Inspección del Trabajo.
5. Resulta conveniente que el MTSS, en conjunto con la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) realice «ferias» informativas para empresarios del país interesados en conocer mejor el marco legal y laboral para la contratación de trabajadores migrantes o refugiados ¹⁰⁰.
6. El Poder Ejecutivo debe girar instrucciones a la DGME para que establezca un canal de comunicación permanente con la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo a fin de suministrar a esta última la información pertinente sobre las personas trabajadoras migrantes en situación irregular. Es necesario, además, que la Inspección del Trabajo pueda conocer directamente y en tiempo real las medidas que tome la DGME con trabajadores migrantes en situación irregular a

¹⁰⁰ En tal sentido, el MTSS podría acompañar las llamadas Migra Móviles que organiza la Dirección de Integración y Desarrollo Humano (DIDH) de la DGME para informar sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes.



fin de que estas personas no pierdan sus derechos laborales no reconocidos o no pagados en el momento en que deben abandonar su relación laboral con un patrono, sobre todo en casos de repatriación ¹⁰¹.

7. Es necesario que existan programas de sensibilización permanente para inspectores del trabajo y funcionarios del MTSS sobre los temas de vulnerabilidad y especial atención a la población de personas trabajadoras migrantes y refugiadas.

101 La Dirección de la Inspección de Trabajo ha realizado para este estudio la observación, además, de la necesidad de mejorar la información que se registra en el sistema conocido como SILAC, y aumentar la información que se registra a efecto de que la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo pueda fijar y determinar metas para el año siguiente y sucesivamente.

Bibliografía

Acuña González, Guillermo *et al.* 2011. *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe regional.* OIM, OIT, MTSS, CECC-SICA, OCLAD, Red de Observatorios del Mercado Laboral y AECID.

———. 2011. *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Costa Rica.* OIM, OIT, MTSS, CECC-SICA, OCLAD, Red de Observatorios del Mercado Laboral y AECID.

Asociación Henri Capitant. 1995. *Vocabulario jurídico.* Editorial Temis.

Casale, Giuseppe y Alagandram Sivananthiran. 2011. *Los fundamentos de la administración del trabajo.* OIT.

CEPAL y OIT. 2017. *La inmigración laboral en América Latina.* Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe núm. 16.

Funpadem. 2008. «Derechos laborales en Centroamérica y Panamá», ponencia preparada para el informe *Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible un informe desde Centroamérica y para Centroamérica.*

Mora Román, Alberto y Marisol Guzmán. 2018. *Aspectos de la migración nicaragüense hacia Costa Rica,* Discussion Paper N° IDB-DP-00635. BID.

Nassar, Carlos C. y Catalina Benavides. 2019. *El refugio nicaragüense en Costa Rica 2018-2019: Desafíos de su Integración,* Cuaderno de Ciencias Sociales 165. FLACSO.

OIT. 1996. Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio núm. 111, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B) de la Conferencia Internacional del Trabajo, 83.^a reunión.

———. 2006. *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015,* Informe del Director General, XVI Reunión Regional Americana, mayo de 2006.

———. 2007. *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.*

———. 2016. *Promover una migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes,* Informe III (1B), ILC.105/III/1B, Conferencia Internacional del Trabajo, 105.^a reunión.



———. 2019. *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*.

———. 2020. *Convenio sobre la inspección de trabajo, 1947 (núm.81) y Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)*. Observación General, publicación de 2020, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

———. 2021. *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología*. Tercera edición. Resumen Ejecutivo.

SICA. 2013. *Promoción del Empleo Productivo y el Trabajo Decente*. Agenda Estratégica Regional para Asuntos Laborales y de Trabajo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).

Vega Ruíz, María Luz. 2013. *Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el mundo. Tendencias y retos. Un enfoque comparado*. OIT.



Impulsar la justicia social, promover el trabajo decente

La Organización Internacional del Trabajo es la agencia de las Naciones Unidas para el mundo del trabajo. Reunimos a gobiernos, empleadores y trabajadores a fin de mejorar las condiciones de trabajo de todas las personas, promoviendo un enfoque del futuro del trabajo centrado en el ser humano a través de la creación de empleo, los derechos en el trabajo, la protección social y el diálogo social.

ilo.org/sanjose

Oficina de la OIT para América Central,
Haití, Panamá y República Dominicana
San José, Costa Rica